ROLLO N. 537

Patrimonio Nacional

REAL BIBLIOTECA DEL MONASTERIO SAN LORENZO DE EL ESCORIAL. año 1990

MINISTERIO DE CULTURA

DIRECCION DE ARCHIVOS ESTATALES

SERVICIO DE MICROFILM

Patrimonio Nacional

BIBLIOTECA DEL MONASTERIO SAN LORENZO DE EL ESCORIAL

MANUSCRITOS ARABES

EN:

BIBLIOTECA DEL MONASTERIO DE SAN LORENZO DEL ESCORIAL

M. ESC.

1A-I

OPERADOR

A. GOMEZ

REDUCCION

10

MANUSCRITOS ARABES

FECHA DE FILMACION:

11-7-1990

EL PROCESADO DE LAS PELICULAS DE CAMARA SE REALIZA EN LOS LABORATORIOS DEL SERVICIO DE MICROFILM DENTRO DE SUS PROCESOS NORMALIZADOS.

Nº. DE EMULSION

7606449

Nº. DE CAMARA

1

Patrimonio Nacional

MANUSCRITOS ARABES

Codice N.º 1888

Título: Bidāyat al-muǧtahid wa-kifāyat al-muqtaṣid (f. 98r).

Autor: [Ibn Rušd al-Ḥafīd (m. 595/1198)].

Inc.:

كتاب الحج والنظر فى هذا الكتاب فى ثلاثة اجناس.

Expl.:

حفظ الانساب . تم كتاب الاحداد وبتمامه كمل جميع السفر الثانى من
بداية المجتهد وكفاية المقتصد فى مسائل الفقهيات وبيان أسباب الخلاف فيها بين
الأئمة رضى الله عنهم اجمعين وصلى (...)

Contiene el segundo tomo de la obra, y trata de **nikāḥ, ṭahāra, ḥaǧǧ, imān, nuḏūr, aḥdād.**

105 folios

(recto)

Le hemos añadido 5 hojas del 1940, 12º. (Agosto 1979)

Acabamos de ordenar los folios (Enero 1980).

معرفة عليهم يجب ... [illegible]
اختلفوا ... [illegible] ... التراخي ... [illegible]
والظاهر ... المنافي ... [illegible]
الجواز قال البعض ... [illegible]
به والجمهور ... [illegible]
من قال على التراخي ... [illegible]
[illegible] ... ما آخر ... [illegible]
ان ... [illegible]
[illegible] ... اول الوقت و ... [illegible] ... من اوقات الحج
[illegible] ... المستحب ... [illegible] ... من قال على التراخي
[illegible] ... اخر الوقت ... [illegible] ... يجوز تاخيره مشتبه جاز في
[illegible] ... [illegible] ... اوقات الصلاة
[illegible] ... الوقت ... [illegible] ... الواجب الحج
[illegible] ... على التراخي ... الموسع
من ... [illegible] ... الاخير ... [illegible] ... على الغالب
[illegible] ... ذلك ... [illegible]
[illegible] ... الوقت ... [illegible]
[illegible] ... العبادة ... [illegible]
[illegible]

بالغفور

اصله وقت ... [illegible] ... وجب ... [illegible] ... بالحالة ... [illegible]

[illegible]

[illegible] ... المنتهي ... الواجب ... العواد ... [illegible] ... قال الاستاذ ... [illegible] ... قال ابن ... [illegible]

[illegible] التي بينها [illegible] أما أكثر أهل المدينة

[illegible] وأهل اليمن بالعلم الثبوت

[illegible] وا اختلفوا في

[illegible] من ذا الصعرف

[illegible]

رسول الله صلى

[illegible]

هذه المواضع [illegible]

منهم من قال الراجع [illegible]

ومنهم من قال [illegible]

ثم [illegible] قال الآخرون [illegible]

الصفات [illegible]

على أن من كان [illegible]

[illegible]

مسعود وابن عمر [illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible] بسبب

[illegible] الأمر [illegible]

[illegible]

الفصل [illegible]

[illegible]

ويحتمل ... انه يلزم الاحرام من موضعه [illegible]
يريد ... و مرضا ... يلزم ... [illegible]
مثل الحطابين ... [illegible]
وهذا مثله ... [illegible]
بالحرم ... [illegible]
السلال ... [illegible]
[illegible]
... ابن الشهاب ...
... ابو حنيفة ...
الحج ...
... [illegible]
... الاحرام ...
[illegible]

... الشافعي وابو حنيفة ...
... العكانية ... [illegible]
[illegible]
... [illegible]
ولم يختلف ... [illegible]
ان لا يتحضا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ... لا يلبس المحرم من الثياب فقال
رسول الله صلى الله عليه وسلم ... لا يلبس القمص ولا العمايم ولا
السراويلات ولا الخفاف ... نعلين فليلبس الخفين ...
اسفل من الكعبين ... [illegible]
... العلماء ... [illegible]
في بعضها ... [illegible] ... ولا يلبس المحرم
في هذا ... معناه من قميص ...
... ملابس للمخيط ... فلبس القميص ...
... الخفين ... ولبسهما ...
بظاهر ملك وابو حنيفة ... السراويل ...
الشافعي و احمد ... والثوري وابو ثور و ... [illegible]
... الصغير ... [illegible]
... عليه وسلم ... [illegible]
... و ... عن ابن عباس ... [illegible]
... [illegible]

وجمهور العلما على اجازة لباس الخفين المقطوعين لمن لم يجد النعلين
وقال احمد جايز لمن لم يجد النعلين ان يلبس خفين غير مقطوعين [illegible]
حديث ابن عباس [illegible] في خطبته [illegible] الله [illegible]
جميع لبسهما [illegible]
ابو ثور [illegible] وقال [illegible] الشافعي [illegible]
هذا في الاحكام [illegible]
بالزعفران [illegible] السلام [illegible] ما لبسوا شيا
مسه الزعفران [illegible] لبس
باس فانه ليس بطيب وقال ابو حنيفة والثوري هو طيب وفيه الفدية و
ابو حنيفة ما خرجه مالك عن علي ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن
لبس القسي وعن لبس المعصفر [illegible] ان احرام المراة في وجهها
[illegible] انما [illegible] وان لها ان تسدل الثوب على
[illegible] لما خرجه [illegible] الرجال بنا نحن
[illegible] انها قالت كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم
[illegible] بنا الركب سدلنا على [illegible] الثوب من فوق روسنا
[illegible] ولم يات تغطية [illegible] ما رواه مالك عن
[illegible] انها قالت كنا نخمر وجوهنا [illegible] مع اسما
[illegible] واختلفوا في تخمير المحرم وجهه بعد اجماعهم
على انه [illegible] ما يروي مالك عن ابن عمر ان ما فوق الذقن من الراس فلا يخمره المحرم
والبه [illegible] ان يفعل ذلك ولم يرو عنه مكانه افتدا وقال الشافعي
[illegible] وابو ثور يخمر المحرم وجهه الى الحاجبين و
[illegible] عثمان وزيد بن ثابت وجابر [illegible] بن ابي
و [illegible] في لبس القفازين للمراة فقال مالك ان لبست [illegible] ان يس
افتدت [illegible] الثوري [illegible] عن عايشة

ما خرجه البخاري ومسلم والنسائي وابو داود عن النبي عليه السلام انه نهى 91
[illegible] ب والقفازين وبعض الرواة يرويه مرفوعا عن ابن عمر وصحح بعض رواة
[illegible] النبي صلى الله عليه وسلم [illegible] مشهور اختلا
[illegible] في [illegible] اختلافهم في قياس
[illegible] ويطوفونه وتنوبه [illegible]
[illegible] وهو الطيب [illegible]
وذلك ان العلما [illegible] طيب [illegible] بالحج والعمرة في حال
احرامه واختلفوا في جوازه للمحرم عند الاحرام [illegible] لما يبقى من
اثره عليه بعد الاحرام فكرهه قوم واجازه اخرون وممن كرهه مالك ورواه
عن عمر بن الخطاب وعثمان وابن عمر وجماعة من التابعين وممن اجازه ابو حنيفة
والشافعي والثوري واحمد وداود والحجة لمالك رحمه الله من جهة الاثر
حديث صفوان ابن يعلى ثبت في الصحاح وفيه ان رجلا جا الى النبي صلى الله عليه
وسلم بجبة مضمخة بطيب فقال يا رسول الله كيف ترى في رجل احرم في جبة
بعدما تضمخ بطيب فانزل الوحي على رسول الله صلى الله عليه وسلم [illegible]
افاق قال اين السائل عن العمرة انفا فالتمس الرجل [illegible] عليه السلام
اما الطيب الذي بك فاغسله عنك ثلاث مرات [illegible]
[illegible] في عمرتك ما تصنع في حجك [illegible]
وفهمه هو الذي ذكرت وعمدة الفريق الثاني ما رواه [illegible] عايشة
انها قالت كنت اطيب راس رسول الله صلى الله عليه وسلم لاحرامه قبل ان
يحرم ولحله قبل ان يطوف بالبيت واحتج الفريق [illegible] عايشة
انها قالت [illegible] انكار ابن عمر تطيب المحرم قبل احرامه [illegible]
عبد الرحمن [illegible] رسول الله صلى الله عليه وسلم فطاف على نسايه [illegible]
محرما [illegible] على نسايه اغتسل بلا بد ان يبقى عليه اثر ريح الطيب
[illegible] ان الاجماع قد انعقد على ان كل ما لا يجوز للمحرم

ابتداوه وهو محرم مثل لبس الثياب وقتل الصيد [illegible] هو
محرم يوجب ان يكون الطيب كذلك وسبب اختلافهم تعارض الآثار [illegible]
الحكم. واما المسئلة الثالثة [illegible]
وذلك انه اجمع المسلمون [illegible] الوطء [illegible]
تعالى فلا رفث ولا فسوق [illegible] الحج [illegible]
وهو القاء التفث وازالة [illegible]
راسه من الجنابة واختلفوا في كراهية [illegible] الجنابة فقال في
الجمهور لا باس بغسله راسه وقال مالك [illegible] ذلك وعمدته ان
عبد الله بن عمر كان لا يغسل راسه وهو محرم الا من الاحتلام وعمدة
الجمهور ما رواه مالك عن عبد الله بن حنين ان ابن عباس والمسور
بن مخرمة اختلفا في الابواء فقال عبد الله يغسل المحرم راسه وقال
[illegible] لا يغسل المحرم راسه قال فارسلني عبد الله بن عباس الى
ابي ايوب الانصاري [illegible] يغتسل بين القرنين وهو مستتر بثوب ف
[illegible] عليه فقال من هذا فقلت عبد الله بن حنين ارسلني اليك عبد الله
ابن عباس [illegible] كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يغسل راسه
وهو محرم فوضع ابو ايوب يده على الثوب [illegible] ثم قال
لانسان يصب عليه اصبب فصب على راسه ثم حرك راسه بيديه ف
اقبل بهما وادبر ثم قال هكذا رايت رسول الله صلى الله عليه وسلم يفعل
وثبت ان عمر كان يغسل راسه وهو محرم ويقول ما يزيده الماء الا شعثا رواه مالك
في الموطأ وحمل مالك حديث ابي ايوب على غسل الجنابة والحجة له اجماعهم
على ان المحرم ممنوع من قتل القمل ونتف الشعر والقاء التفث وهو الوسخ
[illegible] راسه اما ان يقتل هذه كلها او بعضها [illegible] اجمعوا على منع
غسله راسه بالخطمي فقال مالك وابو حنيفة ان فعل [illegible] وقال ابو ثور
وغيرهما لا شيء عليه. واختلفوا في الحمام فكان [illegible]

[illegible] قال الشافعي وابو حنيفة والثوري وداود
[illegible] روي عن ابن عباس دخول الحمام وهو محرم من طرق
[illegible]
[illegible] التفث. ه
[illegible] عليه لقوله تعالى وحرم
[illegible] ما دمتم حرما واجمعوا
[illegible] واذا حللتم فاصطادوا حلال
[illegible] على الاطلاق وبه قال
[illegible] عليه على كل
حال [illegible] وبه قال الثوري وقال مالك ما صاده الحلال
لاجل المحرم [illegible] فهو حلال وما صيد من اجل المحرم فهو
حرام على المحرم وسبب اختلافهم تعارض الآثار في ذلك وذلك ان
ما خرجه مالك من حديث ابي قتادة انه كان مع رسول الله صلى الله عليه
وسلم [illegible] بعض طرق مكة تخلف مع اصحاب له محرمين وهو
غير محرم فرأى حمارا وحشيا فاستوى على فرسه فسأل اصحابه ان يناولوه
سوطه فابوا عليه فسألهم رمحه فابوا عليه فاخذه ثم شد على الحمار
فقتله [illegible] فاكل منه بعض اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وابى
بعضهم [illegible] رسول الله صلى الله عليه وسلم سألوه عن ذلك فقال
انما هي طعمة اطعمكموها الله. والثاني حديث ابن عباس خرجه [illegible]
انه اهدى لرسول الله صلى الله عليه وسلم حمارا وحشيا وفي بعضها لحم حمار وحش
بالابواء [illegible] فرده عليه وقال انا لم نرده عليك الا انا
حرم [illegible] طلحة بن عبيد الله ذكره النسائي ان عبد الرحمن
قال كنا مع طلحة بن عبيد الله ونحن محرمون فاهدي له ظبي و
[illegible] فلما استيقظ طلحة وافق من اكله وقال اكلناه مع [illegible]
عليه وسلم ولاختلاف هذه الآثار [illegible] سبب اخر وهو [illegible]

باكلنا الحته

هل ينطلق النفي عن امكان بشرط القتل او ينطلق [illegible]
نواه ومن لم [illegible] حديث ابي قتادة قال ان النهي انما يتعلق [illegible]
ومن اخذ بحديث طلحة [illegible] النهي يتعلق [illegible]
في بعض الاحاديث [illegible]
لحديث ابن عباس [illegible]
فقالوا والجمع اولى [illegible]
انه قال الصيد البر [illegible] واختلفوا
المصطاد [illegible]
وزعم جماعة انه اعطى اكل الحبشة [illegible] وقال البر
[illegible] عليه الجزا واما الحنفي [illegible]
[illegible] ان ذلك محرمة لعينها [illegible]
[illegible] الثامن [illegible] احرامه
[illegible] على [illegible]
[illegible] والشافعي [illegible]
[illegible] باطل [illegible]
[illegible] المحرم وينكح [illegible]
[illegible] ما رواه مالك من [illegible]
[illegible] رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ينكح المحرم ولا ينكح [illegible]
[illegible] المعارض لهذا حديث ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
[illegible] خرجه اهل الصحيح [illegible]
[illegible] صلى الله عليه وسلم تزوجها وهو حلال [illegible]
[illegible] بن سليمان بن يسار [illegible]
[illegible] المحرم يحمل [illegible] ني
[illegible] محظورات الاحرام على المحرم

متى يحل [illegible] عندما ذكرنا افعال الحج وذلك ان المعتمر يحل اذا طاف وسعى
[illegible] اختلفوا في الحج على ما سياتي بعد. ولو قلنا في ترك المحرم للنقل

[illegible] في انواع هذا النسك

[illegible] واما جامع بين
[illegible] اولا ان نحدد اصناف
[illegible] في جميعها وهل يجوز ادا
[illegible] من افعال الحج

القول في شرح انواع هذه المناسك

[illegible] صفات المتمتع والقران والافراد [illegible] اولا
ان نبدا بصفة المتمتع ثم نتبع ذلك بصفة القارن

القول في المتمتع

فنقول ان العلماء اتفقوا
على ان هذا النوع من النسك الذي هو المعنى بقوله سبحانه فمن تمتع
بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدي هو ان يهل الرجل بالعمرة في اشهر
الحج من الميقات وذلك اذا كان مسكنه خارجا عن الحرم ثم ياتي حتى يصل
البيت فيطوف لعمرته ويسعى ويحلق في تلك الاشهر بعينها ثم يحل
بمكة ثم ينشئ الحج في ذلك العام بعينه وفي تلك الاشهر من غير ان
ينصرف الى بلده الا ما روي عن الحسن انه كان يقول هو متمتع وان عاد
الى بلده ولم يحج الا عليه هدي المتمتع المنصوص عليه في قوله سبحانه فمن
تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدي لانه كان يقول عمرة في اشهر
الحج متعة. وقال طاوس من اعتمر في غير اشهر الحج ثم اقام حتى [illegible]
[illegible] انه متمتع واتفق العلماء على ان من لم يكن من حاضري المسجد الحرام
فهو متمتع [illegible] اختلفوا في المكي هل يقع منه التمتع ام لا يقع [illegible]
قالوا انه يقع [illegible] اتفقوا على انه ليس عليه دم لقوله تعالى ذلك لمن لم يكن اهله
[illegible] الحرام. واختلفوا فيمن هو حاضر المسجد الحرام فقال مالك

[illegible] في عمرة هذا كله مع ظاهر قوله تعالى وأتموا الحج
و[illegible] الظاهرية على أن الأصل اتباع فعل الصحابة حتى يقوم دليل من كتاب
[illegible] على أنه خاص بسبب الاختلاف [illegible] فعل الصحابة محمول
[illegible] خصوص. وأما ال[illegible] من المتمتع
[illegible] ابن الزبير أن [illegible] الله هو
[illegible] وذلك أن [illegible] حبسه عدو أو أمر
[illegible] به الحج حتى [illegible] الحج [illegible] ويسعى بين
[illegible] العمرة ويحل ثم يتمتع [illegible] العام المقبل ويحج ويهدي وعلى
هذا القول ليس [illegible] التمتع المشهور أيضا [illegible] ومن أيضا يقال
أن المكي إذا تمتع من بلد غير مكة كان عليه الهدي واختلف العلماء فيمن
أنشأ عمرة في غير أشهر الحج ثم عملها في أشهر الحج هل هو متمتع أم لا
حل في غير أشهر الحج ثم خرج من إحرامه ذلك [illegible] في السعي
الذي حل فيه فإن كان دخل في أشهر الحج فهو متمتع وإن كان [illegible]
أشهر الحج فليس بمتمتع وقريب منه قال أبو حنيفة [illegible]
إلا أن الثوري اشترط أن يوقع طوافه كله في شوال [illegible]
وقال أبو حنيفة إن طاف ثلاثة أشواط في رمضان وأربعة في شوال كان
متمتعا وإن كان عكس ذلك لم يكن متمتعا أعني إن طاف [illegible] أشواط
في رمضان وثلاثة في شوال وقال أبو ثور إذا دخل في العمرة في غير أشهر
الحج فسواء طاف لها في أشهر الحج أو في غير أشهر الحج لا يكون متمتعا وسبب
الاختلاف هل يكون متمتعا بإيقاع إحرام العمرة في أشهر الحج [illegible]
بإيقاع الطواف فأبو ثور يقول لا يكون متمتعا إلا بإيقاع الإحرام [illegible] أشهر
الحج [illegible] العمرة والشافعي يقول الطواف هو أعظم [illegible]
فيه وجب أن [illegible] متمتعا والجمهور على أن من وقع بعضها في أشهر الحج
[illegible] وشروط المتمتع عند مالك ستة أحدها أن يجمع

حاضري المسجد الحرام هم أهل مكة وذي طوى وما كان مثل ذلك من مكة [illegible] وقال
أبو حنيفة هم أهل المواقيت فمن دونهم إلى مكة وقال الشافعي [illegible]
من كان بينه وبين مكة ليلتان وهو أقرب المواقيت [illegible] الظاهر من
كان ساكنا الحرم [illegible]
أن حاضري المسجد [illegible]
الاختلاف اختلاف [illegible]
وما قرب [illegible] المسجد الحرام كما
لا تشك أن من [illegible] المتمتع
الجمهور [illegible] المتمتع [illegible] يسقط السعي
مرة ثانية إلى النسك الثاني الذي هو الحج وهما نوعان من التمتع
[illegible] العلماء فيهما أحدهما فسخ الحج في عمرة وهو تحويل النية من الإحرام
الحج [illegible] جمهور العلماء يكرهون ذلك من الصحابة والتابعين وفقهاء الأمصار
[illegible] ذلك فيه قال أحمد وداود وكلهم متفقون على
[illegible] الله عليه وسلم أمر أصحابه عام حجه بفسخ الحج في العمرة
[illegible] لو استقبلت من أمري ما استدبرت ما سقت الهدي
[illegible] أمر لمن لم يسق الهدي من أصحابه أن يفسخ
[illegible] فتمسك أهل الظاهر بهذا والجمهور رأوا ذلك من
[illegible] بأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم واحتجوا بما روي
[illegible] بن أبي عبد الرحمن عن الحارث بن بلال بن الحارث المزني عن أبيه
[illegible] رسول الله أفسخ الحج لنا خاصة أم لمن بعدنا قال لنا خاصة
[illegible] الظاهر [illegible] يعارض بها القول المتقدم وروي عن
[illegible] كانت لنا خاصة يعني لأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم إنما
[illegible] اللواتي [illegible] متعة النساء ومتعة الحج وعن عثمان
أنه قال متعة الحج كانت لنا ليست لكم وقال أبو ذر [illegible]

Ed. I, 307

بين العمرة والحج في شهر واحد الثالث أن يكون ذلك في عام واحد [illegible] بعض
شيئا من العمرة في أشهر الحج. د الرابع أن يقدم العمرة على الحج. د الخامس أن ينشئ
الحج بعد الفراغ من العمرة وإحلاله منها. د السادس أن [illegible] غير [illegible] ٥
فهذه هي صورة [illegible] إلا خلاف المشهور [illegible]
د القول في [illegible] القران وهو أن [illegible]
يهل بالعمرة في أشهر الحج [illegible] ذلك بالحج [illegible]
أصحاب مالك في الوقت [illegible] ما لم يشرع في
الطواف ولو شوطا واحدا. وقيل ما لم يطف ويركع وبقي بعد [illegible]
وقبل الركوع فإن فعل لزمه. د وقيل له ذلك ما بقي عليه شيء من عمل
العمرة من طواف أو سعي ما خلا أنهم اتفقوا أنه إذا أهل بالحج ولم يبق عليه
من أفعال العمرة إلا الحلاق فإنه ليس بقارن. د والقارن الذي يلزمه هدي
المتمتع هو عند الجمهور من غير حاضري المسجد الحرام إلا ابن الما
جشون من أصحاب مالك [illegible] أن القارن من أهل مكة عليه الهدي. ٥

القول في الإفراد. د وأما الإفراد فهو ما تعرى من هذه
الصفات وهو الإهلال بالحج فقط. وقد اختلف العلماء أي أفضل هل
الإفراد أو القران أو التمتع. د والسبب في اختلافهم اختلافهم فيما فعل
رسول الله صلى الله عليه وسلم من ذلك. د وذلك أنه روي عنه عليه السلام
أنه كان مفردا. وروي أنه كان متمتعا. وروي أنه كان قارنا. واختار مالك الإ
فراد واعتمد في ذلك ما رواه عن عائشة أنها قالت خرجنا مع رسول الله
صلى الله عليه وسلم عام حجة الوداع فمنا من أهل بعمرة ومنا من أهل بحج وعمرة
وأهل رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحج. ورواه عن عائشة من طرق ومنهم
[illegible] بن عبد البر وروى الإفراد عن النبي صلى الله عليه وسلم جابر بن
عبد الله وروي عنه من طرق متواترة صحاح وهو قول أبي بكر وعمر وعثمان
وعائشة وجابر والذين رأوا أن النبي صلى الله عليه وسلم [illegible]

[illegible] احتجوا بما رواه الليث عن عقيل عن ابن شهاب عن سالم عن ابن عمر قال 77
تمتع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام حجة الوداع بالعمرة إلى الحج وأهدى
[illegible] من ذي الحليفة وهو [illegible] عبد الله بن عمر وابن عباس
[illegible] أراد واحتج من
[illegible] كان قارنا [illegible]
[illegible] حديث ابن عباس
[illegible] رسول الله [illegible] وسلم يقول وهو بوادي
العقيق أتاني [illegible] الوادي المبارك وقال
عمرة في حجة خرجه البخاري. وحديث مروان [illegible] قال [illegible]
وعثمان ينهى عن المتعة وأن يجمع بينهما فلما رأى ذلك علي أهل بهما
لبيك بعمرة وحجة وقال ما كنت لأدع سنة رسول الله صلى الله عليه
وسلم لقول أحد خرجه البخاري. د وحديث أنس خرجه البخاري أيضا قال
سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول [illegible] عمرة وحجة. د وحديث
مالك عن ابن شهاب عن عروة عن عائشة قالت خرجنا مع رسول الله
صلى الله عليه وسلم عام حجة الوداع فأهللنا بعمرة [illegible]
الله عليه وسلم من كان معه هدي فليهلل بالحج والعمرة ثم لا يحل حتى يحل منهما
جميعا [illegible] وقالوا معلوم أنه كان معه صلى الله عليه وسلم هدي
وبعيد أن يأمر بالقران من معه هدي ويكون معه الهدي ولا يكون قارنا
د وحديث مالك أيضا عن نافع عن ابن عمر عن حفصة عن النبي عليه السلام
أنه قال إني لبدت رأسي وقلدت هديي فلا أحل حتى أنحر هديي. قال أبو عمر
لا شك أن رسول الله صلى الله عليه كان قارنا وأن التمتع أحب إليه [illegible]
اختار التمتع بقوله عليه السلام لو استقبلت من أمري ما [illegible]
ما سقت الهدي ولجعلتها عمرة. د واحتج من طريق المعنى [illegible]
فرأى أفضلها [illegible] التمتع والقران رخصة ولذلك وجب فيهما الدم. د ٥
[illegible] أبو الوليد رحمه الله وإذ قلنا في وجوب هذا النسك

احل الهفه

وعلى من يجب وما شروط وجوبه وما يجب وفي اي وقت يجب ومن اين [illegible]
قلنا بعد ذلك فيما يجتنبه المحرم ما دام محرما ثم قلنا في التلبية [illegible]
فيجب ان نقول في اول افعال الحج او العمرة وهو الاحرام.
القول في الاحرام [illegible] اتفق جمهور العلماء [illegible] ان الغسل للاهلال
سنة وانه من افعال المحرم [illegible] اوجب وجوبه و[illegible]
عند مالك اكد من غسل الجمعة. وقال اهل الظاهر هو واجب [illegible]
والتراب يجزي منه الوضوء. وحجة اهل الظاهر [illegible] ما ثبت من حديث اسما
بنت عميس انها ولدت محمد بن ابي بكر بالبيدا فذكر ذلك ابو بكر لرسول الله
صلى الله عليه وسلم فقال مرها فلتغتسل ثم لتهل و[illegible] حملوه على
الندب والجمهور ان الاصل هو براءة الذمة حتى يثبت الوجوب بامر لا
مدفع فيه وكان عبد الله بن عمر يغتسل لاحرامه قبل ان يحرم ولدخوله
مكة ولوقوفه عشية عرفة. ومالك يرى هذه الاغتسالات الثلاثة من
افعال المحرم. واتفقوا على ان الاحرام لا يكون الا بنية. واختلفوا هل
تجزي النية فيه من غير التلبية فقال مالك والشافعي تجزي النية
من غير التلبية. وقال ابو حنيفة التلبية في الحج كالتكبير في الاحرام
بالصلاة الا انه تجزي عنده كل لفظ يقوم مقام التلبية كما تجزي عنده
في افتتاح الصلاة كل لفظ يقوم مقام التكبير وهو كل ما يدل على
التعظيم. واتفق العلماء على ان لفظ تلبية رسول الله صلى الله عليه
وسلم لبيك اللهم لبيك لبيك لا شريك لك ان الحمد والنعمة لك
والملك لا شريك لك. وهي من رواية مالك عن نافع عن ابن عمر عن النبي
صلى الله عليه وسلم وهو الحديث مسند. واختلفوا هل هو واجب هذا
اللفظ ام لا. فقال اهل الظاهر هو واجب بهذا اللفظ ولا خلاف عند
الجمهور في استحباب هذا اللفظ. وانما اختلفوا في الزيادة عليه
او في تبديله. واوجب اهل الظاهر رفع الصوت بالتلبية [illegible]

Ed. J. 310

وبه قال [illegible] واجمع اهل العلم على ان تلبية المراة فيما حكاه ابو عمر ان تسمع 76
نفسها بالقول. وقال مالك لا يرفع المحرم صوته في مساجد الجماعات بل
يسمع من يليه الا في المسجد الحرام ومسجد منى فانه يرفع فيهما
[illegible] ورفع الصوت [illegible] الرفاق وعند الاهلال
في [illegible] قال ابو حازم [illegible] رسول الله صلى الله عليه
[illegible] حتى تبح حلوقهم. وكان مالك لا يرى التلبية من
اركان الحج ويرى على تاركها دما وكان غيره يراها من اركانه. وحجة
من راها واجبة ان بيانه عليه السلام اذا اتى بيانا لواجب انه محمول
على الوجوب حتى يدل الدليل على غير ذلك لقوله عليه السلام
خذوا عني مناسككم. ومن الحجة لمن اوجب فيها الدم فقط وجوبها
وأما من لم ير [illegible] فاعتمد في ذلك ما روي من حديث جابر قال اهل
رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر التلبية التي في حديث ابن عمر
وقال في حديثه والناس يزيدون على ذلك [illegible] ذا المعارج ونحوه
من الكلام والنبي يسمع ولا يقول شيئا. وما روي عن ابن عمر انه كان
يزيد في التلبية وعن عمر بن الخطاب وعن انس وغيره. واستحب العلماء
ان يكون ابتدا المحرم بالتلبية باثر صلاة يصليها وكان مالك يستحب ذلك
باثر نافلة لما روي من مرسله عن هشام بن عروة عن ابيه ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم كان يصلي في مسجد ذي الحليفة ركعتين فاذا
استوت به راحلته اهل. واختلفت الاثار في الموضع الذي احرم
منه رسول الله صلى الله عليه وسلم بحجه من اقطار ذي الحليفة فقال قوم
من مسجد ذي الحليفة بعد ان صلى فيه. وقال اخرون انما احرم حين اطل على البيدا
وقال قوم انما اهل حين استوت به راحلته. وسئل ابن عباس عن اختلا
فهم في ذلك فقال كل حدث عن اول اهلال سمعه وذلك ان الناس ياتون ا
[illegible] فعلى هذا لا يجوز اختلافا ويكون اهلاله اثر الصلاة. واجمع

فيما الامصار على ان المكي لا يلزمه الاهلال حتى اذا خرج الى منى ليتصل العمل
بالحج. وعمدتهم ما رواه مالك عن ابن جريج انه قال لعبد الله [illegible]
تصنع اشياء اربع لم ار احدا يصنعها فذكر منها وانك [illegible]
اهل الناس اذا راوا الهلال [illegible] انت [illegible] يوم [illegible]
الاهلال فاني لم ار رسول [illegible] الله عليه وسلم [illegible]
راحلته يريد حتى ينبعث الى عمل [illegible] ويروى [illegible]
يهل اهل مكة ان يهلوا اذا اهل الهلال وما [illegible] ان المكي لا يهل
الا من جوف مكة اذا كان حاجا. واما اذا كان معتمرا فانهم اجمعوا
انه يلزمه ان يخرج الى الحل ثم يحرم منه ليجمع بين [illegible] الحرم كما يجمع
الحاج اعني انه يخرج الى عرفة وهو حل. وبالجملة فانهم اتفقوا على
انها سنة للمعتمر. واختلفوا ان لم يفعل فقال قوم يجزيه وعليه
دم وبه قال ابو حنيفة وابن القاسم. وقال آخرون لا يجزيه وهو قول
الثوري والشافعي [illegible]. واما متى يقطع المحرم التلبية فانهم اختلفوا
في ذلك فروى مالك ان علي بن ابي طالب كان يقطع التلبية اذا زاغت
الشمس من يوم عرفة. وقال مالك وذلك الامر الذي لم يزل عليه اهل
العلم ببلدنا. وقال ابن شهاب كانت الائمة ابو بكر وعمر وعثمان
وعلي يقطعون التلبية عند زوال الشمس من يوم عرفة. قال ابو
عمر بن عبد البر واختلف في ذلك عن عثمان وعائشة. وقال جمهور فقهاء
الامصار واهل الحديث ابو حنيفة والشافعي والثوري واحمد
واسحق وابو ثور وداود وابن ابي ليلى وابو عبيد والطبري والحسن
بن حي ان المحرم لا يقطع التلبية حتى يرمي جمرة العقبة الا انهم اختلفوا
متى يقطعها فقال قوم اذا رماها باسرها لما روي عن ابن عباس ان
الفضل بن عباس كان رديف رسول الله صلى الله عليه وسلم وانه لبى حتى رمى
جمرة العقبة وقطع التلبية في آخر حصاة. وقال قوم يقطعها في اول حصاة

جمرة [illegible] التلبية اقاويل غير
[illegible] وقت قطع التلبية بالعمرة
[illegible] قال ابو حنيفة. وقال الشافعي اذا افتتح
[illegible] عمرة وعمرة الشا[illegible]
[illegible] بالبيت [illegible] حتى يشرع في الحل
[illegible] ابن عباس يفعل بعض الصحابة. وجمهور العلماء
[illegible] يحرم الحج على العمرة ومتفقون في ادخال العمرة
[illegible] على عمرة وعلى حج [illegible] ان يدخل صلاة على
[illegible] ما هو محرم وهو اول اعمال الحج. واما العمل الذي
ب[illegible] هو الطواف عند دخول مكة فلنقل في الطواف.

القول في الطواف.

والكلام في الطواف في صفته وفي شروطه وفي [illegible] في الوجوب او الندب
[illegible] اعداد، وفي وقته.

القول في صفته.

والجمهور مجمعون على ان صفة كل طواف واجب او غير واجب ان يبتدئ
من الحجر الاسود فان استطاع ان يقبله قبله ثم يجعل البيت على يساره
ويمضي الى يمينه فيطوف سبعة اشواط يرمل في ثلاثة الاشواط الاول
ثم يمشي في الاربعة وذلك في طواف القدوم على غير اهل مكة وذلك
للحاج والمعتمر دون المتمتع وانه لا رمل على النساء ويستلم الركن اليماني
وهو الذي على قطر الركن الاسود. وثبتت هذه الصفة من فعله صلى الله
عليه وسلم. واختلفوا في حكم الرمل في الثلاثة الاشواط الاول للقادم
هل هو سنة او فضيلة. فقال ابن عباس هو سنة وبه قال الشافعي وابو
حنيفة واحمد واسحق وابو ثور. واختلف قول مالك في ذلك واصحابه والفرق
بين القولين ان من جعله سنة [illegible] حديث ابي الطفيل عن ابن عباس قال قلت لابن
عباس زعم قومك ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حين طاف بالبيت رمل

وعن الحسن قال قال النبي صلى الله عليه وسلم لما هبط ابليس لعنه الله قال وعزتك وعظمتك لا أبرح من ابن آدم حتى يفارق روحه جسده فقال الله تعالى وعزتي وعظمتي لا أحجب التوبة عن عبدي حتى يغرغر بها

انما [illegible]
رسول الله صلى الله عليه وسلم حين [illegible]
زمن الحديبية قالوا الآن [illegible]
الى النبي صلى الله عليه [illegible]
فقال [illegible] أن يرملوا [illegible]
يرمل من الحجر الاسود الى [illegible] فاذا [illegible]
يث ثابت من رواية [illegible] قالوا [illegible]
عباس [illegible] ان رسول الله صلى الله عليه [illegible]
الحجر الاسود وذلك بخلاف الرواية الاولى [illegible]
له عليه السلام خذوا عني مناسككم وهو قول ابن [illegible]
الخبر. واجمعوا على انه لا رمل على من احرم بالحج من مكة من غيرها [illegible]
وهم المتمتعون [illegible] فلا رمل عليهم [illegible]
الطواف [illegible] عليهم اذا احرموا [illegible] فقال الشافعي [illegible]
طواف [illegible] بينه وبين [illegible] وكان مالك
يستحب ذلك. وكان ابن عمر [illegible] عليهم رملا اذا طافوا بالبيت على ما روي
عنه [illegible]. وسبب الخلاف هل الرمل كان لعلة او لغير علة وهل هو مختص
بالمسافر ام لا وذلك انه كان عليه السلام حين رمل واراد اغاظة [illegible]
له. واتفقوا على ان من سنة الطواف استلام الركن الاسود واليماني للر[جال]
دون النساء. واختلفوا هل يستلم الاركان كلها ام لا فذهب
الجمهور الى انه انما يستلم الركنان فقط لحديث ابن عمر ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم لم يستلم الا الركنين فقط. واحتج من راى استلا[م]
جميعها بما روي عن جابر قال كنا اذا طفنا نرى ان نستلم الاركان كلها وكان
بعض السلف لا يحب ان يستلم الركنين الا في الوتر من الاشواط
وكذلك اجمعوا على تقبيل الحجر الاسود خاصة من سنن الطواف [illegible]

طرة من نسخة من التفسير قال الله عز وجل إنما التوبة على الله أي التوبة للتي قبلها

ان [illegible] ذلك لحديث [illegible]
الطائف [illegible] الاسود الثالث
[illegible] فلتعتقك من قبله
[illegible] الطواف وجمهورهم
[illegible] الاسبوع واكثروا ان
[illegible] ركعتين يركع
[illegible] وبين ثلاثة
[illegible] رسول الله صلى الله
[illegible] خلف المقام ركعتين وقال ابو
[illegible] الجميع انه قال [illegible] انما هو ركعتان
[illegible] الاسبوع والطواف [illegible] معلوم وما الركعتان السنة
[illegible] بعده فجاز الجمع [illegible] الاسبوعين وانما
[illegible] من [illegible] اسابيع [illegible] صلى الله [illegible]
[illegible] الركعتين [illegible] اسابيع غير [illegible]
[illegible] من طوافه.

واما شروطه فان منها [illegible] وجمهور العلماء على ان الحجر من البيت
وان من طاف بالبيت لزمه ادخال الحجر في طوافه وانه شرط في صحة طواف
الاباضة. وقال ابو حنيفة واصحابه هو سنة. وحجة الجمهور ما رواه مالك
عن عائشة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الم تري ان قومك لما بنوا
الكعبة [illegible] على قواعد ابراهيم واعلم تركوا منها ستة
اذرع من الحجر [illegible] والخشب وهو قول ابن عباس وكان يحتج
لقوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق ثم يقول طاف رسول الله صلى الله
عليه وسلم من وراء الحجر وحجة ابي حنيفة ظاهر الآية. واما وقت جواز الطواف
فانهم اختلفوا في ذلك على ثلاثة اقوال احدها جواز الطواف بعد الصبح

والعصر [illegible] [illegible]
وبه قال ملك واصحابه وجماعة [illegible]
عند الطلوع والغروب [illegible] فقال سعيد [illegible]
اباحة ذلك في هذ [illegible]
الذين لهم راجعة الى [illegible]
الطلوع والغروب [illegible]
يجوز الصلاة [illegible]
ابن مطعم ان النبي صلى الله عليه وسلم [illegible]
المطلب ان وليتم من هذا الامر شيا [illegible]
يصلي فيه اي ساعة شا من ليل او نهار [illegible]
بسنده الى جبير بن مطعم. واختلفوا [illegible] الطواف بغير طهارة [illegible]
اجماعهم على [illegible] الطهارة [illegible] والشافعي [illegible] طواف
[illegible] وما اشبه ان قال ابو حنيفة [illegible]
[illegible] قال ابو ثور [illegible] المراة طوافها ان كان
[illegible] او فاز يعلم. والشافعي يشترط طهارة ثوب الطائف [illegible]
يشترطه للمصلي وعمدة من شرط الطهارة في الطواف قوله عليه
السلام للحائض [illegible] اصنعي ما يصنع الحاج غير ان لا تطوفي
بالبيت وهو حديث صحيح [illegible] عنه عليه السلام انه
قال الطواف بالبيت صلاة الا ان الله احل فيه [illegible] فلا تنطقوا الا بخير
وعمدة من اجاز الطواف بغير طهارة اجماع [illegible] جواز السعي بين الصفا
والمروة من غير طهارة وانما ليس كل عبادة [illegible] شرطها الطهر من
الحيض من شرطها الطهر من الحدث اصله [illegible]
٥٠ واما اعداد ٢ وحكمه فان العلما اجمعوا على [illegible] ثلثة انواع طواف
القدوم. وطواف الافاضة بعد رمي جمرة العقبة يوم النحر. وطواف الوداع

وطواف الوداع. واجمعوا على ان الواجب منها الذي يفوت الحج بفواته
هو طواف [illegible] انه [illegible] بقوله تعالى ثم ليقضوا تفثهم وليوفوا نذورهم
وليطوفوا [illegible] وانه لا يجزي عنه دم وجمهورهم على انه لا يجزي
عنه طواف [illegible] نسي طواف الافاضة
[illegible] طواف [illegible] جمهور العلما على ان طواف
الوداع [illegible] الافاضة لانه طواف بالبيت معمول في وقت
طواف [illegible] طواف الافاضة بخلاف طواف القدوم الذي
هو قبل [illegible] الافاضة. واجمعوا فيما حكاه ابو عمر بن عبد البر
ان طواف [illegible] الوداع من سنة الحاج الا لخائف فوات فانه يجزي
عنه [illegible] الافاضة. واستحب جماعة من العلما لمن عرض له ان يدخل
في الطواف [illegible] الثلاثة من طواف الافاضة كما اجمعوا على انه ليس على
[illegible] الا طواف القدوم. واجمعوا على ان المتمتع بالعمرة الى الحج
ان [illegible] واحدين طواف العمرة لحلته منها وطواف الحج يوم النحر. واختلفوا
في [illegible] القارن فقال ملك والشافعي واحمد وابو ثور يجزي القارن طوافا
واحدا وسعيا واحدا وهو مذهب عبد الله بن عمر وجابر وعمدتهم حديث
عايشة المتقدم. وقال ابو حنيفة والثوري والاوزاعي وابن ابي ليلى
على القارن طوافان وسعيان وروي هذا عن علي وابن مسعود لانهما
نسكان من شرط كل واحد منهما اذا انفرد الطواف والسعي فوجب ان يكون
الامر كذلك اذا اجتمعا. فهذا هو القول في وجوب هذا الفعل وعدده وشروطه
وصفته ووقته. والذي يتلو هذا الفعل من افعال الحج اعني طواف
القدوم هو السعي بين الصفا والمروة وهو الفعل الثالث للمحرم بالقادم

القول في السعي

والقول في السعي في حكمه وفي صفته وفي شروطه وترتيبه. اما حكمه فقال ملك والشافعي
هو واجب وان من لم يسع كان عليه حج قابل وبه قال احمد واسحاق. وقال الكوفيون

هو سنة وإذا رجع إلى بلاده ولم يسع [illegible] دم وقال قوم هو تطوع
لا شيء على تاركه فحجة من أوجبه ما روي أن [illegible] عليه وسلم
كان يسعى ويقول اسعوا فإن الله كتب عليكم [illegible]
وعن عبد الله بن [illegible] قال إن الأصل
محمولة على الوجوب [illegible] أو قيل من سماه
أصحاب القياس وعمدة من لم يوجبه [illegible]
الله الآية لأن الآن معناه أن لا يطوف بهما [illegible]
قال تعالى يبين الله لكم أن تضلوا أي أن لا تضلوا [illegible]
وقالت عائشة إنما [illegible] على ظاهرها وإنما أنزلت في [illegible] أن
يسعوا بين الصفا والمروة على ما كانوا يسعون عليه في الجاهلية [illegible]
كان لأجل المشركين وقد قيل إنهم كانوا لا يسعون بين [illegible] المروة
تعظيما للصنم [illegible] فسألوا عن ذلك فنزلت هذه الآية [illegible]
وأما الجمهور [illegible] أنها من أفعال الحج لأنها صفة فعله صلى [illegible]
وسلم وتواترت بذلك الآثار أعني وصل السعي بالطواف ه
وأما صفته فإن جمهور العلماء على أن سنة السعي بين الصفا والمروة أن
يبدأ الراقي بعد الفراغ من الدعاء فيمشي على هيئته حتى يبلغ بطن المسيل
فيرمل فيه حتى يقطعه إلى ما يلي المروة فإذا قطع ذلك وجاوزه مشى على
سجيته حتى يأتي المروة فيرقى عليها حتى يبدو له البيت ثم يقول عليها
نحو ما قال على الصفا من الدعاء والتكبير وإن وقف أسفل المروة أجزأه
عند جميعهم ثم ينزل عن المروة فيمشي على سجيته حتى ينتهي إلى بطن
المسيل فإذا انتهى إليه رمل حتى يقطعه إلى الجانب الذي يلي الصفا
يفعل ذلك سبع مرات يبدأ في كل ذلك بالصفا ويختم بالمروة فإن بدأ بالمروة
قبل الصفا ألغى ذلك الشوط لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم نبدأ بما
بدأ الله به يريد قوله تعالى إن الصفا والمروة من شعائر الله وقال عطاء إن جهل

أن جهل [illegible] المروة أجزأ عنه وأجمعوا على أنه ليس في وقت السعي وقف
محدود وإن [illegible] دعاء ثبت من حديث جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
كان إذا وقف [illegible] إلا الله وحده لا شريك له له الملك وهو على
[illegible] المروة مثل ذلك ه
اتفقوا [illegible] الطهارة من الحيض كالطواف
[illegible] في حديث عائشة [illegible] افعلي كل ما يفعله الحاج
[illegible] بين الصفا والمروة وانفرد بهذه الزيادة يحيى
[illegible] الحديث وما خلا فإنهم أن الطهارة ليست من شروطه
[illegible] بالطواف ه وأما ترتيبه فإن جمهور
[illegible] على أن السعي إنما يكون بعد الطواف وأن من سعى قبل الطواف فإنه
يرجع فيطوف وإن خرج عن مكة فإن جهل ذلك حتى أصاب النساء في
العمرة أو في الحج كان عليه حج قابل والهدي أو عمرة أخرى [illegible] الثوري إن فعل ذلك
فلا شيء عليه وقال أبو حنيفة إذا خرج من مكة فليس عليه أن يعود وعليه
دم فهذا هو القول في حكم السعي وصفته وترتيبه وشروطه المشهورة

ه وأما الفعل الذي يلي هذا الفعل للحاج ه

فهو الخروج يوم
التروية إلى منى والمبيت بها ليلة عرفة ه واتفقوا على أن الإمام يصلي بالناس
بمنى يوم التروية الظهر والعصر معا والمغرب والعشاء بها مقصورة إلا أنهم
أجمعوا على أن هذا الفعل ليس شرطا في صحة الحج لمن ضاق عليه الوقت ثم إذا
كان يوم عرفة مشى الإمام مع الناس من منى إلى عرفة ووقفوا بها ه

ه الوقوف بعرفة ه

والقول في هذا الفعل ينحصر في معرفة حكمه
وصفته وشروطه ه وأما حكم الوقوف بعرفة فإنهم أجمعوا على أنه
ركن من أركان الحج وأن من فاته فعليه حج قابل والهدي في قول أكثرهم لقوله عليه
السلام الحج عرفة ه وأما صفته فهو أن يصل الإمام إلى عرفة يوم عرفة
قبل الزوال فإذا زالت الشمس خطب الناس ثم جمع بين الظهر والعصر في أول

وقت الظهر ثم وقف حتى تغيب الشمس وانهم اتفقوا على هذا [illegible]
يجمع عليها من فعله صلى الله عليه وسلم [illegible] حتى
للسلطان الاعظم او لمن يقيمه السلطان [illegible]
لو فاجرا او مبتدعا [illegible]
فاذا زالت الشمس [illegible] الدار و
في وقت اذان المؤذن [illegible] الظهر والعصر قال
صدر من خطبته او بعضها ثم يؤذن المؤذن [illegible]
اذا اخذ الامام في الخطبة الثانية . وقال ابو حنيفة اذا [illegible]
المنبر امر المؤذن بالاذان فاذن كالحال في الجمعة [illegible]
يخطب ثم نزل واقام المؤذن الصلاة وبه قال ابو ثور تشبيها بالجمعة
ابن نافع عن مالك انه قال الاذان بعرفة بعد جلوس الامام للخطبة وفي حديث جابر
ان النبي عليه السلام [illegible] زاغت الشمس امر بالقصواء فرحلت له فاتى بطن
الوادي فخطب [illegible] ثم اذن بلال ثم اقام فصلى الظهر ثم اقام فصلى العصر
ولم يصل بينهما شيئا ثم راح الى الموقف . واختلفوا هل يجمع بين هاتين يفصل
الصلاتين باذانين واقامتين او باذان واحد واقامتين فقال مالك يجمع بينهما
باذانين واقامتين . وقال الشافعي وابو حنيفة والثوري وابو ثور وجما عة
يجمع بينهما باذان واحد واقامتين . وقد روي عن مالك مثل قولهم وروي عن
احمد انه يجمع بينهما باقامتين . وحجة الشافعي حديث جابر الطويل
في صفة حجه عليه السلام وفيه انه صلى الظهر باذان واقامة ولا خلاف بين
العلماء ان الامام لو لم يخطب يوم عرفة قبل الظهر ان صلاته جائزة بخلاف
الجمعة وكذلك اجمعوا ان القراءة في هذه الصلاة سرا وانها مقصورة اذا كان
الامام مسافرا . واختلفوا اذا كان الامام مكيا هل يقصر الصلاة بمنى يوم
التروية وبعرفة يوم عرفة وبالمزدلفة ان كان من احد هذه المواضع فقال مالك
والاوزاعي وجماعة سنة ذلك الموضع القصر سواء كان من اهلها او لم يكن

يقصر . وقال الشافعي وابو حنيفة والثوري وابو ثور وداود لا يجوز ان يقصر
الصلاة [illegible] تلك المواضع . وحجة مالك انه لم يرو ان احدا اتم الصلاة معه ان
صلى الله [illegible] اعني بعد سلامه منها . وحجة الفريق الثاني البقاء على
[illegible] لا يجوز الا للمسافر [illegible] الدليل على التخصيص .
[illegible] الجمعة بعرفة [illegible] مالك لا تجوز الجمعة بعرفة
[illegible] يجوز الامام من اهل عرفة
[illegible] مثل [illegible] يشترط وجوب الجمعة ان يكون هناك
قرية اربعون رجلا على مذهبه في اشتراط هذا العدد في الجمعة
[illegible] حنيفة اذا كان [illegible] الحج لا يقصر الصلاة بمنى ولا بعرفة صلى بهم فيها
[illegible] اذا كان فيها . وقال احمد اذا كان والي مكة يجمع بهم وبه قال ابو ثور
وأما شروطه فهو الوقوف بعرفة بعد الصلاة وذلك انه لم
يختلف العلماء ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بقي داخلا الظهر والعصر بعرفة
او بقي يقف بجبالها داعيا الى الله ووقف معه من حضر الى غروب الشمس
وانه لما استيقن غروبها وبان له ذلك دفع منها الى المزدلفة ولا خلاف
بينهم ان هذا هو سنة الوقوف بعرفة . واجمعوا على ان من وقف بعرفة قبل الزوال
وافاض منها قبل الزوال انه لا يعتد بوقوفه وانه ان لم يرجع فيقف بعد
الزوال او يقف من ليلته تلك قبل طلوع الفجر فقد فاته الحج . وروي عن عبد الله
ابن يعمر الديلي قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الحج عرفات فمن
ادرك عرفة قبل ان يطلع الفجر فقد ادرك وهو حديث انفرد به هذا الرجل من الصحابة
به الا انه مجمع عليه . واختلفوا فيمن وقف بعرفة بعد الزوال ثم دفع منها
قبل غروب الشمس فقال مالك عليه حج قابل الا ان يرجع قبل الفجر وان دفع منها
قبل الامام وبعد المغيب اجزاه . وبالجملة فشرط صحة الوقوف عنده
هو ان يقف ليلا . وقال جمهور العلماء من وقف بعرفة بعد الزوال فحجه تام وان
دفع قبل الغروب الا انهم اختلفوا في وجوب الدم عليه وعمدة الجمهور حديث

عروة بن مضرس وهو حديث مجمع على صحته قال اتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم
بجمع فقلت له هل لي من حج فقال من صلى هذه الصلاة معنا و[illegible] الوقوف
حتى يقضي وافاض قبل ذلك من عرفات ليلا او نهارا فقد [illegible]
وأجمعوا على أن المراد بقوله عليه السلام في هذا [illegible]
الزوال. ومن اشترط [illegible] عليه السلام [illegible]
الشمس. وأما الجمهور [illegible] ان وقوفه بعرفة [illegible]
عروة بن [illegible] انه على صحة الا افضل اذ كان [illegible] وروي
عليه السلام من طرق انه قال عرفة كلها موقف وارتفعوا عن بطن
عرنة والمزدلفة كلها موقف الا بطن محسر ومنى كلها موقف
وفجاج مكة منحر ومبيت. واختلف العلماء فيمن وقف من عرفة ببطن [illegible]
حجه تام وعليه دم وبه قال مالك وقال الشافعي لا حج له وعمدة من ابطل الحج
النهي الوارد عن ذلك في الحديث. وعمدة من لم يبطله ان الاصل الوقوف
بكل عرفة جائز الا [illegible] الدليل عليه قالوا ولم يات هذا الحديث من وجه
تلزم به الحجة والخروج عن الاصل بعد امر القول في السنن التي في يوم عرفة.
واما الفعل الذي يلي الوقوف بعرفة من افعال الحج فهو
النهوض بعد غيبة الشمس الى المزدلفة وما يفعل بها.

القول في افعال المزدلفة

والقول الجملي ايضا في افعال هذا الموضع ينحصر في معرفة حكمه وصفته ووقته. فاما كون هذا
الفعل من اركان الحج فالاصل فيه قوله تعالى فاذا افضتم من عرفات فاذكروا الله
الاية. واجمعوا على ان من بات بالمزدلفة ليلة النحر وجمع فيها بين المغرب
والعشاء مع الامام ووقف بعد صلاة الصبح الى الاسفار ورمى جمرة
العقبة بعد طلوع الشمس بعد الوقوف بعرفة ان حجه تام وذلك انها الصفة
التي فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم. واختلفوا هل الوقوف بها بعد
صلاة الصبح والمبيت بها من فروض الحج او من سننه فقال الاوزاعي

[illegible] وجماعة [illegible] هو من فروض الحج ومن فاته كان عليه حج قابل والهدي
[illegible] ان ليس من فرضه وان من فاته الوقوف بالمزدلفة والمبيت
[illegible] الشافعي ان دفع منها الى بعد نصف الليل الاول فلم
[illegible] وعمدة الجمهور [illegible] عليه السلام انه قدم
[illegible] شاهد وامه [illegible]. وعمدة الفريق الثاني
[illegible] عروة بن المضرس [illegible] هو حديث متفق على صحته
[illegible] هذه الصلاة معنا [illegible] صلاة الصبح [illegible] وقد اتى قبل ذلك عرفات
ليلا او نهارا فقد تم حجه وقضى تفثه وقوله تعالى فاذا افضتم من عرفات الاية
[illegible] الجمهور ان المسلمين قد اجمعوا على ترك الاخذ بجميع ما في هذا
الحديث وذلك ان اكثرهم على ان من وقف بالمزدلفة ليلا ودفع منها الى
عرفة قبل الصبح ان حجه تام وكذلك من بات فيها ونام عن الصلاة. وكذلك
اجمعوا ايضا على ان الوقوف بالمزدلفة ولم يذكر [illegible] ان حجه تام وفي ذلك
دليل على ضعف احتجاجهم بظاهر الاية والسنة وجمع هنا الاسمان لهذا
الموضع وسنة الحج فيها على ما ذكرنا ان يصلي الناس بها ويجمعون بين
المغرب والعشاء في اول وقت العشاء ويغلسون فيها بالصبح.

القول في رمي الجمار

واما الفعل الذي بعد هذا فهو
رمي الجمار وذلك ان المسلمين اتفقوا على ان النبي عليه السلام وقف
بالمشعر الحرام وهي المزدلفة بعد ما صلى الفجر ثم دفع قبل طلوع الشمس
وانه في هذا اليوم وهو يوم النحر رمى جمرة العقبة من بعد طلوع الشمس
واجمع المسلمون على ان من رماها في ذلك اليوم في ذلك الوقت اعني بعد طلوع
الشمس الى زوالها فقد رماها في وقتها. واجمعوا على ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم لم يرم يوم النحر من الجمرات غيرها. واختلفوا فيمن رمى جمرة
العقبة قبل طلوع الفجر فقال مالك لم يبلغنا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
رخص لاحد ان يرمي قبل طلوع الفجر وبذلك لا يجوز وان رماها قبل الفجر اعاد رميها

وبه قال ابو حنيفة واحمد وسفيان وقال الشافعي [illegible] ان [illegible]
المستحب هو بعد طلوع الفجر وحجة من منع ذلك فعله [illegible]
مع قوله خذوا عني مناسككم وما روي عن ابن عباس [illegible]
عليه وسلم قدم ضعفة [illegible] لا ترموا الجمرة [illegible]
جيمها قبل الفجر [illegible] خرجه ابو داود [illegible]
بنته قالت ارسل رسول الله صلى الله عليه وسلم [illegible]
برمت الجمرة قبل الفجر [illegible] مضت [illegible] وكان ذلك اليوم الذي [illegible]
الله صلى الله عليه وسلم عندها د وحل [illegible] انما امرت [illegible]
وقالت انا كنا نصنعه على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم و [illegible]
العلما ان الوقت المستحب لرمي الجمار جمرة العقبة هو من لدن طلوع
الشمس الى وقت الزوال وانه ان رماها قبل غروب الشمس من يوم النحر
اجزا عنه ولا شي [illegible] الا مالكا فانه قال استحب له ان يهريق دما
واختلفوا فيمن لم يرمها حتى غابت الشمس فرماها من الليل او من الغد
فقال مالك عليه دم وقال ابو حنيفة ان رماها من الليل فلا شي عليه وان
اخرها الى الغد فعليه دم وقال الشافعي وابو يوسف ومحمد لا شي عليه
ان اخرها الى الليل والى الغد وحجتهم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
رخص للرعات ان يفعلوا مثل ذلك اعني ان يرموا الليل وفي حديث ابن عباس
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له رجل يا رسول الله رميت بعد ما
امسيت فقال لا حرج وعمدة مالك ان ذلك الوقت المتفق عليه الذي رما
فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم هو السنة ومن خالف سنة من سنن رسول
الله صلى الله عليه وسلم فعليه دم على ما روي عن ابن عباس واخذ به
الجمهور قال مالك ومعنى الرخصة للرعات انما ذلك اذا مضى يوم النحر
ورموا جمرة العقبة ثم كان اليوم الثالث وهو اول ايام النفر رخص لهم رسول
الله صلى الله عليه وسلم ان يرموا في ذلك اليوم له وللبوم الذي بعده فان

ةا من الرسول لابنه عبد الله قال انا اسرى بالنبي صلى الله عليه وسلم انتهى به الى السدرة المنتهى
من فرضها بعد العشاء لا صة اجزاتك عنه قيام الليل ةا من الرسول

فان نفروا فقد فرغوا وان اقاموا الى الغد رجعوا الناس يوم النفر الاخير ونفروا 74
ومعنى الرخصة للرعات عند جماعة العلما هو جمع يومين في يوم واحد الا ان
[illegible] وجب ان يجمع في الثالث فيرمي عن الثاني والثالث
[illegible] ما وجب [illegible] رخص [illegible] العلما في جمع يومين في
يوم الذي اضيف [illegible] ولم يشترطوا الانفصال
[illegible] الله عليه [illegible] الجمرة يوم النحر ثم نحر بدنة
[illegible] ثم طاف [illegible] واجمع العلما ان [illegible] سنة الحج
[illegible] فيمن قدم من [illegible] النبي صلى الله عليه وسلم او بالعكس
[illegible] من حلق قبل ان [illegible] العقبة فعليه الفدية د وقال الشافعي واحمد
وداود وابو ثور لا شي عليه د وعمدتهم ما رواه مالك من حديث عبد الله بن
عمر قال وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم بمنى والناس يسألونه فجاءه رجل
فقال يا رسول الله لم اشعر فحلقت قبل ان انحر فقال عليه السلام انحر ولا حرج
ثم جاء اخر فقال يا رسول الله لم اشعر فنحرت قبل ان ارمي فقال عليه السلام
ارم ولا حرج قال فما سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم يومئذ عن شي
قدم او اخر الا قال افعل ولا حرج د وروي هذا ايضا من طريق ابن عباس
عن النبي عليه السلام د وعمدة مالك ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
حكم على من حلق قبل محله من ضرورة بالفدية فكيف من غير ضرورة مع ان الحديث
لم يذكر فيه حلق الراس قبل رمي الجمار وعند مالك ان من حلق قبل ان يذبح
فلا شي عليه وكذلك ان ذبح قبل ان يرمي د وقال ابو حنيفة ان حلق قبل
ان ينحر او يرمي فعليه دم وان كان قارنا فعليه دمان د وقال زفر عليه ثلاثة
دما دم للقران ودم للحلق ودم قبل النحر د واجمعوا على ان من نحر قبل ان
يرمي فلا شي عليه لانه منصوص عليه الا ما روي عن ابن عباس انه كان
يقول من قدم من حجه شيا او اخر فليهرق دما وانه من قدم الافاضة قبل
الرمي والحلق انه يلزمه اعادة الطواف د وقال الشافعي يجزيه ولا اعادة

حلقت اصنه

عليه دم. وقال الأوزاعي إذا طاف للإفاضة قبل أن يرمي جمرة العقبة ثم واقع أهله
أراق دما. واتفقوا على أن جملة ما يرميه الحاج سبعون حصاة منها [illegible]
النحر جمرة العقبة سبع وأن رمي هذه الجمرة من [illegible]
من أسفلها أو من وسطها أو من أعلاها كل ذلك واسع [illegible]
منها بطن الوادي [illegible] ابن مسعود [illegible]
فقال من هنا والذي لا إله غيره رأيت الذي أنزلت [illegible]
. وأجمعوا على أنه يعيد الرمي إذا لم تقع الحصاة في العقبة و[illegible]
يوم من أيام التشريق ثلاث جمار بإحدى وعشرين حصاة كل جمرة [illegible]
وأنه يجوز أن يرمي منها يومين وينفر في الثالث لقوله تعالى فمن تعجل
في يومين فلا إثم عليه. وقدرها عندهم أن تكون حصى الخذف لما روي
من حديث جابر وابن عباس وغيرهم أن النبي صلى الله عليه وسلم رمى
الجمار بمثل حصى الخذف. والسنة عندهم في رمي الجمرات كل يوم
من أيام التشريق أن يرمي الجمرة الأولى فيقف عندها ويدعو وكذلك الثا
نية ويطيل المقام ثم يرمي الثالثة ولا يقف لما روي في ذلك عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم أنه كان يفعل ذلك في رميه. والتكبير عندهم عند
رمي كل جمرة حسن لأنه مروي عنه عليه السلام. وأجمعوا أن من سنة
رمي الجمار الثلاث في أيام التشريق أن يكون ذلك بعد الزوال. واختلفوا
إذا رماها قبل الزوال في أيام التشريق فقال جمهور العلماء من رماها
قبل الزوال أعاد رميها بعد الزوال [illegible]. وروي عن جعفر بن محمد بن علي
أنه قال رمي الجمار من طلوع الشمس إلى غروبها. وأجمعوا أن من لم يرم
الجمار أيام التشريق حتى تغيب الشمس من آخرها أنه لا يرميها بعد. ه
واختلفوا في الواجب في الكفارة فقال مالك إن ترك الجمار كلها أو بعضها
أو واحدة منها فعليه دم. وقال أبو حنيفة إن تركها كلها كان عليه دم
وإن ترك جمرة واحدة فصاعدا كان عليه لكل جمرة إطعام مسكين نصف صاع

فأول ما خلق الله الموهوب لهم الجنة البشر

[illegible] إلى أن يرجع دما بترك الجميع إلا جمرة العقبة فمن تركها فعليه دم
[illegible] ويجزي عنه في الحصاة مد من طعام وفي حصاتين مدان وفي ثلاثة دم 71
وقال الثوري مثله إلا أنه قال في الرابعة دم. ورخصت طائفة من التابعين في
الحصيات [illegible] لم يروا فيها شيئا لحديث سعد قال خرجنا مع رسول الله
[illegible] في حجه فبعضنا يقول [illegible] بسبع وبعضنا بست فلم
[illegible] وقال أهل الظاهر لا شيء في ذلك. والجمهور على أن
[illegible] العقبة ليست من أركان الحج. وقال عبد الملك من أصحاب مالك هي
من أركان الحج فهذه هي جملة أفعال الحج من حين الإحرام إلى حين الإحلال.
والإحلال تحلل أكبر وهو طواف الإفاضة وتحلل أصغر وهو رمي جمرة
العقبة وسنذكر ما في هذا من الاختلاف. وقد بقي القول في حكم الاختلال
الذي يقع في الحج وأعظمها في حكم من منع من تمامه بمرض أو عدو
أو بفوات وقت الحج الفعل الذي هو شرط في صحة الحج أو فسد حجه بإتيا
نه بعض المحظورات المفسدة للحج أو الأفعال التي هي شرط في صحة الحج
وحكم من فاته الوقت في قضاء ما يجب الخلل منه أو أخل بفعل من الأفعال التي
هي تروك أو أفعال فنبتدئ من هذه بما هو نص في الشريعة وهو حكم
المحصر وحكم قاتل الصيد وحكم الحالق رأسه قبل محل الحلق والغاية التي
قبل أن يحل. وقد يدخل في هذا الباب حكم المتمتع وحكم القارن على
القول بأن وجوب الهدي في هذه هو لمكان الرخصة. ه

القول في الإحصار

والأصل في الإحصار وما يلزم فيه قوله تعالى فإن
أحصرتم فما استيسر من الهدي إلى قوله فإذا أمنتم فمن تمتع بالعمرة الآية.
فنقول اختلفوا في هذه الآية اختلافا كثيرا وهو السبب في اختلافهم في حكم
المحصر بمرض أو عدو. وأول اختلافهم في هذه الآية هل المحصر ها هنا هو المحصر بالعدو
أو المحصر بالمرض فقال قوم المحصر ها هنا هو المحصر بالعدو. وقال آخرون بل المحصر
ها هنا هو المحصر بالمرض. فأما من قال إن المحصر ها هنا هو المحصر بالعدو

فاحتجوا بقوله تعالى فمن كان منكم مريضا او به اذى من راسه قالوا فلو كان
المحصر هو المحصر بمرض لما كان لذكر المرض بعد ذلك فائدة . واحتجوا ايضا بقوله
تعالى فاذا امنتم فمن تمتع الآية وهذه حجة ظاهرة . [illegible] الآية
انما وردت في المحصر بالمرض [illegible] ان المحصر هو من [illegible]
احصر وانما يقال احصر [illegible] المرض قالوا [illegible]
لان المرض ضعفا [illegible] وضعف غير حصر وقال [illegible]
امتنع معناه من المرض [illegible] قالوا عكس هذا وهو
افعل ابدا في الشيء الواحد انما ياتي بمعنيين اما بمعنى فعل فاذا وقع
بغيره فعلا من الافعال واما افعل فاذا عرضه لوقوع ذلك الفعل به
يقال قتله اذا فعل به فعل القتل واقتله اذا عرضه للقتل واذا كان هذا
هكذا فاحصر احق بالعدو وحصر بالمرض لان العدو انما عرض للاحصار
والمرض هو فاعل الاحصار وقالوا لا يطلق الامن الا بارتفاع الخوف من
العدو وان قيل [illegible] فعلى سبيل الاستعارة ولا يصار للاستعارة الا لامر
يوجب الخروج عن الحقيقة وكذلك ذكر حكم المرض بعد الحصر الظاهر
منه ان المحصر غير المريض وهذا هو مذهب الشافعي والمذهب الثاني
مذهب مالك وابي حنيفة وقال قوم بل المحصر هاهنا هو الممنوع من
الحج باي نوع امتنع اما بمرض او بعدو او بخطا في العدد او غير ذلك
وجمهور العلماء على ان المحصر عن الحج ضربان اما محصر بمرض واما محصر بعدو
فاما المحصر بالعدو فاتفق الجمهور على انه يحل من عمرته او حجه حيث
احصر . وقال الثوري والحسن بن صالح لا يتحلل الا يوم النحر والذين قالوا
يتحلل حيث احصر اختلفوا في ايجاب الهدي عليه وفي موضع نحره اذا قيل
بوجوبه وفي اعادة ما حصر عنه من حج او عمرة فذهب مالك الى انه لا يجب عليه
هدي وانه ان كان معه هدي نحره حيث حل وذهب الشافعي الى ايجاب
الهدي عليه وبه قال اشهب . واشترط ابو حنيفة ذبحه في الحرم

في الحرم [illegible] الشافعي حيث ما احلّه . واما الاعادة فان مالكا
[illegible] وقال قوم عليه الاعادة . وذهب ابو حنيفة الى انه
[illegible] عليه حجة وعمرة فان كان قارنا فعليه حجة وعمرتان
[illegible] ه وليس له عند ابي حنيفة و[illegible] بن الحسن تقصير واختار
[illegible] وعمدة مالك ان الذين [illegible] ان رسول الله صلى الله عليه
[illegible] بالحديبية نحروا الهدي وحلقوا رؤوسهم وحلوا من كل
شيء قبل ان يطوفوا بالبيت وقبل ان يصل اليهم الهدي ثم لم يعلم ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم امر احدا من اصحابه ولا ممن كان معه ان يقضي شيئا ولا
ان يعود لشيء . وعمدة من اوجب عليه الاعادة ان رسول الله صلى الله عليه
[illegible] في العام المقبل من عام الحديبية قضاء تلك العمرة ولذلك قيل
[illegible] القضاء . واجمعوا ايضا على ان المحصر بمرض او ما اشبهه عليه القضاء
[illegible] الخلاف هو هل قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم او لم يقض وهل
يثبت القضاء بالقياس ام لا . وذلك ان جمهور العلماء على ان القضاء يجب بامر ثان
غير امر الاداء . واما من اوجب عليه الهدي فقط فبناء على ان الآية
وردت في المحصر بالمرض وبالعدو والاستدلال بالهدي فيما نحروا فقد احتج
هؤلاء بنحر النبي عليه السلام واصحابه الهدي عام الحديبية حين احصروا واجاب
الفريق الآخر ان ذلك الهدي لم يكن هديا بالتحلل وانما كان هديا سيق ابتداء وحجة
من قال ان الاحلال هو الهدي عليه ان الآية دليل عليه . واما اختلافهم في
مكان الهدي فمن اوجبه فالاصل فيه اختلافهم في موضع نحر رسول الله
صلى الله عليه وسلم هديه يوم الحديبية فقال ابن اسحق نحره في الحرم وقال
غيره انما نحره في الحل واحتج بقوله تعالى هم الذين كفروا وصدوكم عن المسجد
الحرام والهدي معكوفا ان يبلغ محله . وانما ذهب ابو حنيفة الى ان من
احصر عن الحج ان عليه حجا وعمرة لان المحصر قد فسخ الحج في عمرة ولم يتم واحدا منهما
فهذا هو حكم المحصر بالعدو عند الفقهاء . واما المحصر بمرض فان مذهب

الشافعي وأحمد وأهل الحجاز أنه لا يحله إلا الطواف بالبيت والسعي بين [illegible]
الصفا والمروة وأنه بالجملة يتحلل بعمرة فإنه إذا فاته الحج [illegible]
انقلب عمرة وهو مذهب عمر وعائشة وابن عباس [illegible]
العراق يحل حيث حل ومكانه وحكمه حكم المحصر بعدو و[illegible]
[illegible] يوم نحره ويحل في ذلك المقام وبه قال أبو [illegible]
الحجاج بن عمرو الأنصاري قال سمعت رسول الله [illegible]
من كسر أو عرج فقد حل وعليه حجة أخرى وبإجماعهم [illegible]
بعد وليس من شرط إحلاله الطواف بالبيت. والمحصر [illegible]
المحصر بمرض عليه الهدي وقال أبو ثور وداود لا هدي عليه [illegible]
قياسا حكم هذا المحصر على المحصر الوارد في الحج هو حصر العدو و[illegible]
على إيجاب القضاء عليه وكل من فاته الحج بخطأ من العدد في الأيام أو [illegible]
الهلال عليه أو بغير ذلك من الأعذار فحكمه حكم المحصر بمرض عند مالك
وقال أبو حنيفة من فاته الحج بعذر غير المرض يحل بعمرة ولا هدي عليه وعليه
إعادة الحج والمكي المحصر بمرض عند مالك كغير المكي يحل بعمرة وعليه الهدي
وإعادة الحج. وقال الزهري لا بد أن يقف بعرفة وإن نعش نعشا [illegible]
مذهب مالك أن المحصر بمرض إن بقي عليه إحرامه إلى العام المقبل حتى
يحج حجة القضاء فلا هدي عليه فإن تحلل بعمرة فعليه هدي المحصر لأنه حلق
رأسه قبل أن ينحر في حجة القضاء وقال مرة إنما قوله عليه هدي يعني هدي [illegible]
[illegible] التحلل وهدي لحلقه قبل نحره في حجة القضاء لتمتعه بالعمرة إلى الحج
وإن حل في أشهر الحج من العمرة وجب عليه هدي ثالث وهو هدي المتمتع الذي
هو أحد أنواع نسك الحج. وأما مالك رحمه الله فكان يتأول [illegible] أن
المحصر إنما عليه هدي زائد وكان يقول إن الهدي الذي في قوله سبحانه فإن
أحصرتم فما استيسر من الهدي هو بعينه الهدي الذي في قوله فإذا
أمنتم فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدي وفيه بعد

بعد هذا وبأن الفصل في قوله سبحانه فإذا أمنتم فمن تمتع بالعمرة
إلى الحج إنه [illegible] في المتمتع الحقيقي فكأنه قال فإذا لم تكونوا
[illegible] الحج فما استيسر من الهدي وبعد
[illegible] ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام
[illegible] المسجد الحرام وغيرهم بالإجماع فقد قلنا
[illegible] نص الله عليه بالنقل في أحكام القاتل للصيد

[illegible] أحكام القاتل للصيد

أجمع [illegible] على قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد
وأنتم حرم ومن قتله منكم متعمدا الآية. واختلفوا في تفاصيلها وفيما
[illegible] وهو مما لا يقاس عليه. فمنها أنهم اختلفوا هل الواجب
في قتل الصيد قيمته أو مثله. فذهب الجمهور إلى أن الواجب المثل وذهب
أبو حنيفة إلى أنه مخير بين القيمة أعني قيمة الصيد وبين أن يشتري بها
المثل. ومنها أنهم اختلفوا في استئناف الحكم على قاتل الصيد فيما حكم
فيه السلف من الصحابة مثل حكمهم أن من قتل نعامة فعليه بدنة
تشبيها بها ومن قتل غزالا فعليه شاة ومن قتل بقرة وحشية فعليه
إنسية فقال مالك يستأنف في كل ما وقع من ذلك الحكم به وقال أبو
حنيفة. وقال الشافعي إن يجتزى بحكم الصحابة فيما حكموا به جاز. ومنها
هل الآية على التخيير أو على الترتيب فقال مالك هي على التخيير وبه قال أبو حنيفة
يريد أن الحكمين مخير أن الذي عليه الجزاء. وقال زفر هي على الترتيب.
واختلفوا هل يقوم الصيد أو المثل إذا اختار الإطعام أو وجب على القول
بالوجوب فيشترى بقيمته طعاما فقال مالك يقوم الصيد وقال الشافعي
يقوم المثل ولم يختلفوا في تقدير الصيام بالطعام بالجملة
وإن اختلفوا في التفصيل فقال قوم يصوم لكل مد يوما وهو الذي يقع عند
هم كل مسكين وبه قال الشافعي وأهل الحجاز وقال أهل الكوفة يصوم

ومن قال ان المقدر هو الواجب من النعم فانه التفت الى [illegible]
في لسان العرب التخيير. واما من قال على الترتيب [illegible]
فشبهها بالكفارات التي فيها الترتيب [illegible]
. واما اختلافهم هل يستانف الحكم في الصيد [illegible]
فيه الحكم من الصحابة فالسبب فيه هل الحكم شرعي [illegible]
ام هو معقول المعنى فمن قال هو معقول المعنى قال [illegible]
فيما وجد شيء اشتبه به [illegible] النعامة فانه لا يوجد اشبه بها
فلا معنى لاعادة الحكم ومن قال هو عبادة قال يعاد ولا بد [illegible]
. واما اختلافهم في الجماعة يشتركون في قتل الصيد الواحد [illegible]
الجزاء موجبه هو التعدي فقط او التعدي على جملة الصيد فمن قال التعدي
فقط اوجب على كل واحد من الجماعة القاتلة للصيد جزاء ومن قال التعدي
على جملة الصيد اوجب عليهم جزاء واحدا وهذه المسألة شبيهة بالقطع في الصيد
العقاب في السرقة وفي القصاص في الاعضاء والانفس وستاتي في
موضعها ان شاء الله تعالى. وفرق ابو حنيفة بين المحرمين والمحلين
القاتلين على جهة التغليظ على المحرمين. فمن اوجب على كل واحد من
الجماعة جزاء فانما نظر الى سد الذرائع فانه لو اسقط عنهم الجزاء لكان
من اراد ان يصيد في الحرم صاد في جماعة. واذا قلنا ان الجزاء هو كفارة لا
ثم فيشبه ان لا تتبعض ثم قتل الصيد بالاشتراك فيه يجب ان لا يتبعض على من
الجزاء. واما اختلافهم في هل يجوز احد الحكمين قاتل الصيد فالسبب فيه
معارضة مفهوم الظاهر لمفهوم المعنى الاصلي في الشرع وذلك انه لم
يشترط في الحكمين الا العدالة فيجب على ظاهر هذا ان يجوز الحكم من وجد
فيه الشرط سواء كان قاتل الصيد او غير قاتله. واما اختلافهم
في المواضع فسببه الاطلاق واعني انه لم يشترط فيه موضعا فمن شبهه
بالزكاة قال انه حق للمساكين فلا ينتقل عن موضعه واما من رأى ان المقصو

64 المقصود بذلك انما هو الرفق بمساكين الحرم قال لا يطعم الا مساكين مكة ومن
[illegible] حيث شاء. واما اختلافهم في الحلال يقتل
[illegible] كفارة ام لا فسببه هل يقاس في الكفارات عند من
[illegible] اصل من اصول الشريعة عند الذين يجوزونه واصل
[illegible] الصيد في الحرم على المحرم فمن اجاز القياس في الشرع
[illegible] ومن منعه كمنعه القياس في الكفارات ولا قياس بينهم
[illegible] اولم يروا انا جعلنا حرما آمنا الآية وقوله
[illegible] ان الله حرم مكة يوم خلق السماوات والارض. واما
[illegible] قتله ثم اكله هل عليه جزاء واحد ام جزاءان. فسببه هل
[illegible] فان يحرم بعد القتل وان قلنا تعديا فهل هو مساو التعدي الا
والاول. وذلك انهم اتفقوا على انه ان اكل اثم. قال القاضي رحمه الله
[illegible] النظر في كفارة الجزاء يشتمل على اربعة اركان معرفة الواجب
فيه ومعرفة من يجب عليه ومعرفة الفعل الذي يجب عليه ومعرفة محل
الوجوب. وقد تقدم الكلام في اكثر هذه الاجناس وبقي من ذلك
ان احدهما اختلاف في بعض الواجبات من الامثال في بعض المصيدات
والثاني ما هو صيد مما ليس بصيد. فمن اصول هذا الباب ما روي عن عمر
ابن الخطاب انه قضى في الضبع بكبش وفي الغزال بعنز وفي الارنب بعناق وفي
اليربوع بجفرة. واليربوع دويبة لها اربع قوائم وذنب تجتر كما تجتر
الشاة وهي من ذوات الكروش. والعنز عند اهل العلم من المعز ما قد ولد
او قد ولد مثله والجفرة والعناق فالجفرة ما اكل واستغنى عن الرضاع
والعناق قيل ما دون الجفرة وقيل [illegible] وخالف مالك هذا الحديث فقال في
الارنب واليربوع لا يقومان الا بما يجوز هديا وضحية وذلك الجذع فصاعدا
فما من الضأن والثني فما فوقه من الابل والبقر وحجة مالك قوله تعالى هديا
بالغ الكعبة. ولم يختلفوا ان من جعل على نفسه هديا فانه لا يجزيه اقل من

الجذع من الضأن والثني مما سواه، وفي صغار الصيد عن مالك مثل ما في الكبار
وقال الشافعي تفدى صغار الصيد بالمثل من [illegible] النعم [illegible] الكبار
منها. وهو مروي عن عمر وعثمان وعلي وابن مس[illegible]
المثل فعنده في النعامة الكبيرة بدنة وفي الصغير [illegible]
في القيمة. واختلفوا من هذا الباب في حمام م[illegible]
حمام مكة شاة وفي حمام الحـ[illegible]ومة. واختلفـ[illegible]
الحرم غير مكة فقال مرة شاة [illegible] حمام مكة ومرة قا[illegible]
. وقال الشافعي في كل حما[illegible]ة وفي حمام سوى [illegible]
كل شيء لا مثل له من الصيد لا جزاء فيه إلا الحمام فإن فيه شاة [illegible]
ذلك إجماعا فإنه روي ذلك عن عمر بن الخطاب ولا مخالف له من الصحابة وروي
عن عطاء أنه قال في كل شيء من الطير شاة. واختلفوا من هذا الباب في
بيض النعامة روي في بيض النعامة عشر البدنة وأبو حنيفة [illegible]
في القيمة ووافق الشافعي في هذه المسألة وبه قال أبو ثور وقال
أبو حنيفة إن كان فيها فرخ ميت فعليه الجزاء يعني جزاء النعامة واشترط
أبو ثور في ذلك أن يخرج حيا ثم يموت. وروي عن علي أنه قضى في بيض النعامة
بأن يرسل الفحل على الإبل فإن أنتج لقاحها ما أصاب من البيض بياض
فقال هذا هدي ثم ليس عليك ضمان ما فسد من الحمل وقال عطاء من كان له إبل
فالقول ما قال علي وإلا في كل بيضة درهمان. قال أبو عمر وقد روي عن ابن
عباس عن كعب بن عجرة عن النبي صلى الله عليه وسلم في بيض النعامة
يصيبه المحرم وروي عن ابن مسعود أن فيه القيمة وفيه بياض
أنه ضعيف. وأكثر العلماء على أن الجراد من صيد البر يجب على المحرم فيه
الجزاء. واختلفوا في الواجب في ذلك فقال عمر رضي الله عنه قبضة من طعام
وبه قال مالك وأبو حنيفة وأصحابه تمرة خير من جرادة. وقال الشافعي
في الجراد قيمته وبه قال أبو ثور إلا أنه قال كل ما تصدق به من حفنة طعام أو تمرة قال

أو ثمنه [illegible]يمة. وروي عن ابن عباس أن فيها ثمنه مثل قول أبي حنيفة وقال
ربيعة [illegible] من طعام وهو شاذ. وقد روي عن ابن عمر أن فيها قيمته وهو
[illegible] مشهورات ما اتفقوا على الجزاء فيه واختلفوا فيما
[illegible] اختلافهم فيما هو صيد مما ليس بصيد وفيما ليس هو من
[illegible] هو منه فإنهم اتفقوا على أن صيد البر محرم على المحرم إلا الخمس
المنصوص عليها. واختلفوا فيما يلحق بها مما ليس يلحق.
[illegible]وا على أن صيد البحر حلال له. واختلفوا فيما هو من صيد البحر مما
ليس [illegible] وهذا كله لقوله تعالى أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم الآية.
[illegible] مشهور ما اتفقوا عليه من هذين الجنسين وما اختلفوا فيه
[illegible] فنقول ثبت من حديث ابن عمر وغيره أن رسول الله صلى الله
عليه وسلم قال خمس من الدواب ليس على المحرم جناح في قتلهن الغراب
والحدأة والعقرب والفأرة والكلب العقور. واتفق العلماء على القول
بهذا الحديث وجمهورهم على القول بإباحة قتل ما تضمنه لكونه ليس
بصيد وإن كان بعضهم اشترط في ذلك [illegible]. واختلفوا هل هذا
من باب الخاص أريد به العام أو من باب العام أريد به الخاص والذين قالوا
هو من باب الخاص أريد به العام اختلفوا في أي عام أريد بذلك فقال مالك
الكلب العقور الوارد في الحديث إشارة إلى كل سبع عاد وأن ما ليس بعاد
من السباع فليس للمحرم قتله ولم ير قتل صغارها التي لا تعدو ولا ما
كان منها لا يضر [illegible]. ولا خلاف بينهم في قتل الحية والأفعى وهو مروي
عن النبي عليه السلام من حديث أبي سعيد الخدري قال قال رسول الله صلى
الله عليه وسلم يقتل الأفعى والأسود وقال مالك لا يقتل الوزغ والأخبار
بقتلها متواترة لكن مطلقا لا في الحرم ولذلك توقف مالك فيها وقال
أبو حنيفة لا يقتل من الكلاب العقورة إلا الكلب الإنسي والذئب وشذت
طائفة فقالت لا يقتل إلا الغراب الأبقع. وقال الشافعي كل محرم الأكل

فيوجب معنى الخمس وعمدته انه حرم على المحرم من اجل الحلال [illegible] الكلب
لا يجوز فقتلها بالاجماع لنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم [illegible]
واما ابو حنيفة فلم يفهم من اسم الكلب الا الانسي فقط [illegible]
ذيب وحشي ه اختلفوا في الزنبور فبعضهم شبهه بال[illegible]
من باب الخاص اريد به العام الحق بها احدا واحدا منها ما يشبهه [illegible]
ولم ير ذلك فمن النهي عن المنصوص به ه وشذت طائفة فقالت [illegible]
الغراب الا الابقع تخصيصا لعموم اسم الغراب الوارد في الحديث الثابت [illegible]
عائشة ان النبي عليه السلام قال الخمس يقتلن في الحرم [illegible]
الابقع وشذ النخعي فمنع المحرم قتل الصيد الحي من الا الفارة ه
فهم فيما هو من صيد البحر مما البر هو منه فانه متفق على ان السمك من صيد
البحر ه واختلفوا فيما عدا السمك وذلك بنا منهم على ما كان منه محتاج الى
ذكوة ان كان حلالا تعلق ما هو منه حلال مما البر منه حلال وذلك انهم اتفقوا على ان ما
كان منه محتاج الى ذكوة فليس من صيد البحر واكثر من ذلك ما كان محرما والا
عند من يحل ما في جميع البحر فان صيده حلال ه واما اختلفوا فيما كان من
الحيوان يعيش في البر وفي الماء الى التمسين بالحوت ه فقال اكثر العلما قول
لا انه يلحق بالذي عيشته فيه غالبا وهو حيث يولد ه والجمهور على ان طير
الماء حكمه حكم حيوان البر وروي عن عطا انه قال في طير الماء حيث يكون
اغلب عيشته يحكم له بحكمه ه واختلفوا في نبات الحرم هل فيه جزاء ام لا
فقال مالك لا جزاء فيه وانما فيه الاثم فقط للنهي الوارد في ذلك وقال الشافعي
فعليه فيه الجزاء في الدوحة بقرة وفيما دونها شاة ه وقال ابو حنيفة كل
ما كان من غرس الانسان فلا شيء فيه وكل ما كان نابتا في طبعه ففيه
القيمة وسبب الخلاف هل يقاس النبات في هذا على الحيوان لاجتماعهما
في النهي عن ذلك في قوله عليه السلام لا ينفر صيدها ولا يعضد شجرها
فهذا هو القول في مشهورات هذا الجنس ه

[illegible] في فدية الاذى ه واما فدية الاذى فمجمع عليها
[illegible] الكتاب بذلك والسنة اما الكتاب فقوله تعالى فمن كان منكم
[illegible] او به اذى من راسه الاية ه واما السنة فحديث كعب بن عجرة الثابت انه
[illegible] رسول الله صلى الله عليه وسلم محرما فاذاه القمل في راسه فامره
[illegible] صلى الله عليه وسلم ان يحلق راسه فقال له صم ثلثة ايام او اطعم ستة
[illegible] مساكين مدين لكل مسكين او انسك بشاة اي ذلك فعلت اجزا عنك
[illegible] في هذه الاية على من تجب الفدية وعلى من لا تجب فاذا وجبت فما هي
[illegible] الواجبة وفي اي شيء تجب ولمن تجب ومتى تجب واين تجب فاما على من تجب
[illegible] فدية فان العلماء اجمعوا على انها واجبة على من اماط الاذى من ضرورة
لورود النص في ذلك ه واختلفوا فيمن اماطه من غير ضرورة فقال مالك عليه
الفدية المنصوص عليها ه وقال الشافعي وابو حنيفة ان حلقه من غير ضرورة
فانما عليه دم فقط ه واختلفوا هل من شرطها من وجبت عليه الفدية
باماطة الاذى ان يكون متعمدا او الناسي في ذلك والمتعمد سواء وقال
مالك العامد في ذلك والناسي واحد وهو قول ابي حنيفة والثوري والليث
وقال الشافعي في احد قوليه واهل الظاهر لا فدية على الناسي فمن
اشترط وجوب الفدية الضرورة فبدليل النص ومن اوجب ذلك على غير
المضطر فحجته انه اذا وجبت على المضطر فهي على غير المضطر اوجب ومن
فرق بين العامد والناسي فلتفريق الشرع بينهما في ذلك في مواضع
كثيرة والعموم قوله تعالى وليس عليكم جناح فيما اخطاتم به ولكن ما تعمدت
قلوبكم والعموم قوله عليه السلام رفع عن امتي الخطا والنسيان ومن لم
يفرق بينهما فقياسا على كثير من العبادات التي لم يفرق الشرع بينهما
في الخطا والنسيان ه واما ما تجب في فدية الاذى ه فان
العلماء اجمعوا على انها ثلاث خصال على التخيير الصيام والاطعام والنسك
لقوله تعالى ففدية من صيام او صدقة او نسك والجمهور على ان الاطعام هو

لستة مساكين وان النسك اقله شاة. وروي عن الحسن [illegible]
انهم قالوا الاطعام لعشرة مساكين والصيام عشرة ايام [illegible]
الجمهور حديث كعب بن عجرة الثابت. واما من قال الصيام [illegible]
فقياسا على صيام التمتع وتسوية الصيام مع الاطعام و[illegible]
في جزاء الصيد في قوله تعالى او عدل ذلك صياما. واما كم يطعم لكل [illegible]
من المساكين الستة التي ورد فيها النص فان الفقهاء اختلفوا [illegible]
لاختلاف الاثار في الاطعام في الكفارات. قال مالك والشا[illegible]
وابو حنيفة واصحابهم الاطعام في ذلك مدان بمد النبي عليه السلام
لكل مسكين وروي عن الثوري انه قال من البر نصف صاع ومن التمر والزبيب
والزبيب صاع وروي عن ابي حنيفة مثله وهو اصله في الكفارات.
فاما ما تجب فيه الفدية فانهم اتفقوا على انها تجب على من حلق راسه لضرورة
مرض او حيوان يؤذيه في راسه قال ابن عباس المرض ان يكون براسه قروح
والاذى القمل وقال عطا المرض الصداع والاذى القمل وغيره. والجمهور
على ان كل ما منعه المحرم من لباس الثياب وحلق الراس وقص الاظفار انه متى
استباحه ففيه الفدية او دم على اختلاف بينهم في ذلك او الاطعام
ولم يفرقوا بين الضرورة وغيرها في هذه الاشيا وكذلك استعمال
الطيب وقال قوم ليس في قص الاظفار شيء وقال قوم فيه دم وحكى
ابن المنذر ان منع المحرم قص الاظفار اجماع. واختلفوا فيمن اخذ بعض
اظفاره فقال الشافعي وابو ثور ان اخذ ظفرا واحدا اطعم مسكينا واخذ
وان اخذ ظفرين اطعم مسكينين وان ثلاثة فعليه دم في مقام واحد
وقال ابو حنيفة في احد اقواله لا شيء عليه حتى يقصها كلها وقال ابو
محمد بن حزم يقص المحرم اظفاره وشاربه وهو شذوذ وعنده انه لا فدية
الا من حلق الراس فقط للعذر الذي ورد فيه النص واجمعوا على منع
حلق الراس واختلفوا في حلق الشعر من سائر الجسد فالجمهور على ان

على ان فيه الفدية وقال اهل الظاهر لا فدية فيه. واختلفوا فيمن نتف شعرة
او شعرات [illegible] او من لحيته فقال مالك ليس على من نتف اليسير شيء
[illegible] فعليه الفدية وقال الحسن في الشعرة مد وفي الشعر
[illegible] دم وبه قال الشافعي وابو ثور. وقال عبد الملك
[illegible] من الشعر اطعم شيئا واما كبير ففدية فمن بعضهم من
[illegible] انه عبادة سوى بين القليل والكثير. ومن بعضهم
[illegible] واما استراحة المحرم في حلقه فرق بين القليل والكثير
[illegible] ازالة الاذى. واما موضع الفدية فاختلفوا
[illegible] مالك يفعل من ذلك ما شاء اين شاء بمكة او بغيرها وان شا
[illegible] وسوا عنده في ذلك ذبح النسك والاطعام والصيام وهو
قول مجاهد والذبح عند مالك هاهنا نسك وليس بهدي وقال الهدي لا
يكون الا بمكة او بمنى. وقال ابو حنيفة والشافعي الدم والاطعام لا يجزي
الا بمكة والصوم حيث شاء. وقال ابن عباس ما كان من دم فبمكة وما
كان من اطعام وصيام فحيث شاء وعن ابي حنيفة مثله. ولم يختلف
قول الشافعي ان دم الاطعام لا يجزي الا لمساكين الحرم. وسبب
الخلاف استعمال قياس دم النسك على الهدي فمن قاسه على الهدي
اوجب فيه شروط الهدي في الذبح في المكان المخصوص وفي مصرفه
الى مساكين الحرم وان كان مالكا يرى ان الهدي يجوز اطعامه لغير مساكين الحرم
والذي يجمع النسك والهدي هو ان المقصود بهما منفعة المساكين
المجاورين لبيت الله. والمخالف يقول ان الشرع لما فرق بين الاسمين
فسمى احدهما نسكا والاخر هديا وجب ان يكون حكمهما مختلفا
. واما الوقت فالجمهور على ان هذه الكفارة لا تكون الا بعد اماطة الاذى
ولا يبعد ان يدخله الخلاف قياسا على كفارة الايمان هذا هو القول
في كفارة اماطة الاذى. واختلفوا في حلق الراس هل هو من مناسك

الحج او مما يتحلل به منه. ولا خلاف بينهم ان من اعمال الحج وان الحلاق افضل من التقصير
لما ثبت من حديث ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يرحم الله المحلقين
قالوا والمقصرين يا رسول الله قال يرحم الله المحلقين [illegible] يا
رسول الله قال يرحم الله المحلقين قالوا والمقصرين [illegible] قال
والمقصرين. واجمع العلماء على ان النساء لا يحلقن [illegible] التقصير
واختلفوا هل هو نسك يجب على الحاج او المعتمر [illegible] الحلاق
نسك للحاج والمعتمر وهو افضل من التقصير ويجب على [illegible]
بمرض او عدو او بعذر وهو قول جماعة الفقهاء الا المحصر [illegible]
قال ليس عليه حلاق ولا تقصير. وبالجملة فمن جعل الحلاق او [illegible]
نسكا اوجب في تركه الدم. ومن لم يجعله من النسك لم يوجب فيه
شيئا.

القول في كفارة المتمتع.

واما كفارة المتمتع التي نص الله عليها في كتابه بقوله فمن تمتع
بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدي الآية فانه لا خلاف في وجوبها وانما
الخلاف في التمتع ما هو وقد تقدم ما في ذلك من الخلاف. والقول في هذه
الكفارة ايضا يرجع الى تلك الاجناس بعينها على من تجب وما الواجب فيها
ومتى تجب ولمن تجب وفي اي مكان تجب. فاما على من تجب فعلى
المتمتع باتفاق وقد تقدم الخلاف في المتمتع من هو. واما اختلافهم
في الواجب فان الجمهور من العلماء على ان ما استيسر من الهدي هو شاة.
واحتج مالك في ان اسم الهدي قد ينطلق على الشاة بقوله تعالى في جزاء الصيد
هديا بالغ الكعبة ومعلوم بالاجماع انه قد يجب في جزاء الصيد شاة.
وذهب ابن عمر ان اسم الهدي لا ينطلق الا على الابل والبقر وان معنى قوله تعالى
فما استيسر من الهدي اي بقرة ادون من بقرة وبدنة ادون من بدنة. واجمعوا
على ان هذه الكفارة على الترتيب وان من لم يجد الهدي فعليه الصيام. واختلفوا
في حد الزمان الذي ينتقل بانقضائه فرضه من الهدي الى الصيام فقال مالك

فقال مالك اذا شرع في الصوم فقد انتقل واجبه الى الصوم وان وجد الهدي 36
وان وجد الهدي في اثناء الصوم. وقال ابو حنيفة ان وجد الهدي في صوم الثلاثة
الايام لزمه وان وجده في صوم السبعة لم يلزمه وهذه المسألة نظير من
طلع عليه الماء وهو متيمم. وسبب الخلاف هل ما هو شرط في ابتداء
العبادة هو شرط في استمرارها وانما فرق ابو حنيفة بين الثلاثة
والسبعة لان الثلاثة الايام هي عنده بدل من الهدي والسبعة ليست
ببدل. واجمعوا على انه اذا صام الثلاثة الايام في العشر الاول من ذي الحجة
انه اتى بها في محلها لقوله تعالى فصيام ثلاثة ايام في الحج ولا خلاف ان العشر أن لم
الاول من ايام الحج. واختلفوا فيمن صامها في ايام عمل العمرة قبل
ان يهل بالحج او صامها في ايام منى فمنعه ابو حنيفة وقال اذا فاتته
الايام الاول وجب الهدي في ذمته. ومنعه مالك قبل الشروع في الحج عمل
واجازه ابو حنيفة. وسبب الخلاف هل ينطلق اسم الحج على هذه الايام المختلف
فيها ام لا وان انطلق فهل من شرط الكفارة الا تجزئ الا بعد وجوبها
ووقوع موجبها فمن قال لا تجزئ الا بعد وقوع موجبها قال لا يجزئ الصوم
الا بعد الشروع في الحج ومن قاسها على كفارة الايمان قال يجزئ. واتفقوا
على انه اذا صام السبعة الايام في اهله اجزأه. واختلفوا اذا صامها في
الطريق فقال مالك يجزئه الصوم وقال الشافعي لا يجزئه. وسبب الاختلاف
الاحتمال الذي في قوله سبحانه اذا رجعتم فان اسم الراجع ينطلق على من
فرغ من الرجوع وعلى من هو في الرجوع نفسه. فهذه هي الكفارات التي
ثبتت بالسمع وهي من المتفق عليها.
ولا خلاف ان من فاته الحج بفوات ركن من اركانه اما من قبل غلطه في الزمان
او من قبل جهله او من قبل نسيانه او من قبل اتيانه في الحج بفعل مفسد
له ان عليه القضاء اذا كان حجا واجبا وهل عليه هدي مع القضاء اختلفوا فيه
وان كان حجه تطوعا فهل عليه قضاء ام لا الخلاف في ذلك كله لان الجمهور

على أن عليه الهدي لمكان النقصان الداخل عليه. وشذ قوم فقالوا لا هدي
عليه أصلا ولا قضاء إلا أن يكون في حج واجب. ويخص الحج الواجب عند الجمهور دون
سائر العبادات أنه يمضي فيه المفسد له ولا يقطعه وعليه دم. وشذ
قوم فقالوا هو كسائر العبادات. وعمدة الجمهور ظاهر قوله تعالى
﴿وأتموا الحج والعمرة لله﴾ فالجمهور عمموا والمخالفون خصصوا قياسا على
غيرها من العبادات إذ أورد فيهما المفسدات. واتفقوا على أن
المفسدات للحج إما من أفعال المأمور بها فترك الأركان التي هي
شرط في صحتها على الخلاف بينهم فيما هو ركن مما ليس بركن. وأما من
التروك المنهي عنها فالجماع وإن كانوا اختلفوا في الوقت الذي إذا
وقع فيه الجماع كان مفسدا للحج. فأما إجماعهم على إفساد الحج فقوله
تعالى ﴿فمن فرض فيهن الحج فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج﴾. واتفقوا
على أن من وطئ قبل الوقوف بعرفة فقد أفسد حجه، وكذلك من وطئ من
المعتمرين قبل أن يطوف ويسعى. واختلفوا في فساد الحج بالوطء
بعد الوقوف بعرفة وقبل رمي جمرة العقبة وبعد رمي جمرة العقبة
وقبل طواف الإفاضة الذي هو الواجب، فقال مالك من وطئ قبل رمي
جمرة العقبة فقد فسد حجه وعليه الهدي والقضاء، وبه قال الشافعي.
وقال أبو حنيفة والثوري عليه هدي بدنة وحجه تام، وقد روي مثل
ذلك عن مالك. وقال مالك من وطئ بعد رمي جمرة العقبة وقبل طواف
الإفاضة فحجه تام. وبقول مالك في أن الوطء قبل الإفاضة لا يفسد
الحج قال الجمهور، ويلزمه عندهم الهدي. وقالت طائفة من وطئ قبل
الحج الإفاضة فقد فسد حجه، وهو قول ابن عمر. وسبب الخلاف أن له تحللا يشبه
السلام في الصلاة وهو التحلل الأكبر وهو الإفاضة، وتحلل أصغر وهو رمي
جمرة العقبة. وهل يشترط في إباحة الجماع التحللان أو أحدهما؟ ولا خلاف
بينهم أن التحلل الأصغر الذي هو رمي جمرة العقبة يوم النحر أنه يحل به الحاج من

من كل شيء حرم عليه إلا النساء والطيب والصيد، فإنهم اختلفوا فيه. والمشهور
عن مالك أنه يحل له كل شيء إلا النساء والطيب، وقيل عنه إلا النساء والطيب والصيد
لأن الظاهر من قوله تعالى ﴿وإذا حللتم فاصطادوا﴾ وأنه التحلل الأكبر. واتفقوا أيضا
على أن المعتمر يحل من عمرته إذا طاف بالبيت وسعى بين الصفا والمروة وإن
لم يكن حلق ولا قصر، لثبوت الآثار في ذلك إلا خلافا شاذا. وروي عن ابن
عباس أنه يحل بالطواف. وقال أبو حنيفة لا يحل إلا بعد الحلاق، وإن جامع
قبله فسدت عمرته. واختلفوا في صفة الجماع الذي يفسد الحج في مقدماته،
فالجمهور على أن التقاء الختانين يفسد الحج. ويحتمل من يشترط في وجوب
الطهر الإنزال مع التقاء الختانين أن يشترطه في الحج. واختلفوا في إنزال
الماء فيما دون الفرج، فقال أبو حنيفة لا يفسد الحج إلا الإنزال في الفرج.
وقال الشافعي كل ما يوجب الحد يفسد الحج. وقال مالك الإنزال نفسه
يفسد الحج، وكذلك مقدماته من المباشرة والقبلة. واستحب الشافعي
فيمن جامع دون الفرج أن يهدي. واختلفوا فيمن وطئ مرارا،
فقال مالك ليس عليه إلا هدي واحد. وقال أبو حنيفة إن كرر الوطء في
مجلس واحد فليس عليه إلا هدي واحد، وإن كرره في مجالس كان عليه لكل
وطء هدي. وقال محمد بن الحسن يجزيه هدي واحد وإن كرر الوطء ما لم
يهد لوطئه الأول. وعن الشافعي الثلاثة الأقوال إلا أن المشهور عنه مثل
قول مالك. واختلفوا فيمن وطئ ناسيا، فسوى مالك في ذلك بين العمد
والنسيان، وقال الشافعي في الجديد لا كفارة عليه. واختلفوا هل
على المرأة هدي، فقال مالك إن طاوعته فعليها هدي، وإن أكرهها كان
عليه هديان. وقال الشافعي ليس عليه إلا هدي واحد كقوله في رمضان. [في الجماع]
وجمهور العلماء على أنهما إذا حجا من قابل تفرقا الرجل والمرأة، وقيل لا
يفترقان. والقول بأنهما يفترقان مروي عن بعض الصحابة والتابعين، وبه قال أبو حنيفة.
واختلف مالك والشافعي من أين يفترقان، فقال الشافعي يفترقان من حيث

ايسر الحج وقال مالك يفرق فان فرق فمن حيث ادى الا ان يكونا اكثر ما قبل التفرقة
فمن افترقهما بالافتراق فمسئلة الذريعة وعقوبة ومن لم يأخذ مما به تحريما
على الاصل وانه لا يثبت حكم في هذا الباب الا بسماع . واختلفوا في
الهدي الواجب في الجماع ما هو فقال مالك وابو حنيفة هو شاة وقال الشافعي
وفي الهدي لا يجزي الا بدنة فان لم يجد قومت البدنة دراهم وقوم الدراهم
طعاما فان لم يجد صام عن كل مد يوما قال والاطعام والهدي لا يجزي الا
بمكة او بمنى والصوم حيث شاء . وقال مالك لا ينقض حل الاحرام من وطئ او حلق
لشعر او احصار وان صام من لم يجد الهدي صام ثلاثة ايام في الحج وسبعة
اذا رجع ولا يدخل الاطعام فيه فمالك شبه الدم اللازم هاهنا بدم
التمتع والشافعي شبهه بدم الفدية والاطعام عند مالك لا يكون
الا في كفارة الصيد وكفارة ازالة الاذى والشافعي يعتبر الاصل الصيام نش الصوم
والاطعام فقد وقعا بدل الدم في موضعين ولم يقع بدلا منه الا في موضع
واحد فقاس المسكوت عنه على المنطوق به في الاطعام او ما لا يجزئ لا
يجزي الفساد بالاجماع . واما الفساد بفوات الوقت وهو ان يفوته
الوقت بعرفة يوم عرفة فان العلماء اجمعوا على ان من هذه صفته لا يخرج
من احرامه الا بالطواف بالبيت والسعي بين الصفا والمروة اعني ان يحل
ولا بد بعمرة وان عليه حج قابل . واختلفوا هل عليه هدي ام لا فقال مالك
والشافعي واحمد والثوري عليه الهدي وبه قال ابو ثور ومعتمدهم
اجماعهم على ان من حبسه مرض حتى فاته الحج ان عليه الهدي وقال ابو حنيفة
يحل بعمرة ويحج من قابل ولا هدي عليه . وحجة الكوفيين ان الاصل في الهدي
انما هو بدل من القضاء فلا هدي الا ما خصصه الاجماع . واختلف مالك والشافعي
وابو حنيفة فيمن فاته الحج وكان قارنا هل يقضي حجا مفردا او مقرونا بعمرة
فذهب مالك والشافعي الى انه يقضي قارنا لانه انما يقضي مثل الذي كان عليه
وقال ابو حنيفة ليس عليه الا الافراد لانه قد طاف لعمرته فليس يقضي الا ما

الا ما فاته وجمهور العلماء على ان من فاته الحج انه لا يقيم على احرامه ذلك الى عام
اخر وعند اصول الاختيار عند مالك الا انه اجاز ذلك ليسقط الهدي عنه ولا
يحتاج الى ان يحل بعمرة . واصل اختلافهم في هذه المسئلة اختلافهم في
الاحرام بالحج في غير اشهر الحج فمن لم يجعله محرما لم يجز للذي فاته الحج
ان يبقى محرما الى عام اخر . ومن اجاز الاحرام في غير ايام الحج اجاز له البقاء
محرما . قال القاضي ابو الوليد رحمه الله فقد قلنا في الكفارات الوا
جبة بالنص في الحج وفي صفة الافعال في الحج الثابت والفساد وفي صفة الاخلال
من فاته الحج وقلنا قبل ذلك في الكفارات المنصوص عليها وما الحق
الفقهاء بذلك من كفارة الفسخ في الحج ويبقى ان نقول في الكفارات التي
اختلفوا فيها في ترك نسك نسك منها من مناسك الحج مما لم ينص عليه
فنقول . **القول في الكفارات المسكوت عنها** . ان الجمهور
اتفقوا على ان النسك صنفان نسك هو سنة ونسك هو مرغب فيه فالذي
هو سنة يجب على تاركه الدم لانه حج ناقص واصله التمتع والقران . وروي
عن ابن عباس انه قال من فاته من نسكه شيء فعليه الدم . واما الذي هو
فضل فلم ير فيه . ثم انهم اختلفوا اختلافا كثيرا في ترك نسك نسك
هل فيه دم ام لا وذلك لاختلافهم هل هو سنة او فضل . واما ما كان فرضا فلا
خلاف عندهم انه لا يجبر بالدم . وانما يختلفون في الفعل الواحد نفسه من
قبل اختلافهم هل هو فرض ام لا . واما اهل الظاهر فانهم لا يرون دما الا
حيث ورد النص لتركهم القياس وخاصة في العبادات وكذلك اتفقوا على
ان ما كان من التروك مسنونا ففعله ففيه فدية الاذى وما كان مرغبا
فليس فيه شيء . واختلفوا في ترك فعل فعل لاختلافهم هل هو سنة
ام لا . واهل الظاهر لا يوجبون الفدية الا في المنصوص عليه ونحن نذكر المشهور
من اختلاف العلماء في ترك نسك نسك اعني في وجوب الدم ولا وجوبه من
اول المناسك الى اخرها وكذلك في فعل محظور محظور ولما اختلفوا فيه

وعنه عليه السلام من كثير من السهو حلاه ثم ذكر بعد ذلك فرجع الى الصلاة ولم يكبر الا تكبيرة واحدة

فان كان نوابه الرجوع الى الصلاة فصلاته تامة وان كان فوا ثوابها تكبيرة القائم الركعة

من المناسك من جاوز الميقات ولم يحرم هل عليه دم فقال قوم لا دم عليه
وقال قوم عليه الدم وان رجع وهو قول مالك وابن المبارك وروي عن الثوري
وقال قوم ان رجع اليه فليس عليه دم وان لم يرجع فعليه الدم وهو قول
الشافعي وابي يوسف ومحمد ومشهور قول الثوري . وقال ابو حنيفة
ان رجع ملبيا فلا دم عليه وان رجع غير ملب كان عليه الدم وقال قوم
هو فرض ولا يجزيه الدم . واختلفوا فيمن غسل راسه بالخطمي فقال مالك
وابو حنيفة يفتدي وقال الثوري وغيره لا شيء عليه وكره مالك في الحمام
الفدية الا في المنصوص عليه وروي دخوله عن ابن عباس من طرق وثابتة
. والجمهور على انه يفتدي من لبس من المحرمين ما نهي عن لباسه . واختلفوا
اذا لبس السراويل لعدم الازار هل يفتدي فقال مالك وابو حنيفة يفتدي
وقال الثوري واحمد وداود وابو ثور لا شيء عليه اذا لم يجد ازارا وعمدة
من منع النهي المطلق وعمدة من لم ير فيه فدية حديث عمرو بن دينار عن
جابر وابن عباس قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول
السراويل لمن لم يجد الازار والخف لمن لم يجد النعلين وقال
مالك عليه الفدية وقال ابو حنيفة لا فدية عليه والقولان عن الشافعي
. واختلفوا في لبس المراة القفازين هل فيه فدية وقد ذكرنا كثير
من هذه الاحكام في باب الاحرام وكذلك اختلفوا فيمن ترك التلبية
هل عليه دم ام لا وقد تقدم . واتفقوا على ان من نكس الطواف او نسي شوطا
من الشواط انه يعيده ما دام بمكة . واختلفوا اذا بلغ الى اهله فقال قوم
منهم ابو حنيفة تجزيه الدم وقال قوم بل يعيد ويجبر ما نقص ولا تجزيه الدم
وكذلك اختلفوا في وجوب الدم فيمن ترك الرمل في الثلاثة الاشواط
وبالوجوب قال الشافعي وابو حنيفة واحمد وابو ثور وابن عباس
واختلف في ذلك قول مالك واصحابه والخلاف في هذه الاشياء كلها مبني
على انه هل هو سنة ام لا وقد تقدم القول في ذلك وتقبيل الحجر الاسود

وقال عليه السلام خمسة اشياء يفطرون الصائم الغيبة والنميمة والكذب والنظر بالشهوة

الاسود وتقبيل يده ووضعه على فيه ان لم يصل الى الحجر فكل من لم يوجب
الدم فيها سوى المتمتع اذا تركه فيه دم . وكذلك اختلفوا فيمن نسي
ركعتي الطواف حتى رجع الى بلده هل عليه دم ام لا فقال مالك عليه دم وقال
الثوري يركعهما ما دام في الحرم . وقال الشافعي وابو حنيفة يركعهما
حيث شاء . واتفقوا على ان الطواف طواف الوداع انه ليس بفرض واختلفوا فيمن تركه
ولم تمكنه العودة اليه هل عليه دم ام لا فقال مالك ليس عليه شيء الا ان
يكون قريبا فيعود . وقال ابو حنيفة والثوري عليه دم ان لم يعد وانما يرجع
عندهم ما لم يبلغ المواقيت . وحجة من لم ير سنة من كان سقوطه عن
المكي والحائض . وعند ابي حنيفة انه اذا لم يدخل الحجر في الطواف اعاد ما
لم يخرج من مكة فان خرج فعليه دم . واختلفوا هل من شرط صحة الطواف
المشي فيه مع القدرة على الركوب فقال مالك هو من شرطه كالقيام في
الصلاة فان مشى كان كصلاة القاعد ويعيد عنده ابدا الا اذا رجع الى بلده
فان عليه دما . وقال الشافعي الركوب في الطواف جائز لان النبي
صلى الله عليه وسلم طاف بالبيت راكبا من غير مرض ولكن احب ان يستشرف
الناس اليه . ومن لم ير السعي واجبا فقال عليه دم اذا انصرف الى بلده ومن
راه تطوعا لم يوجب فيه شيئا . وقد تقدم اختلافهم ايضا فيمن قدم
السعي على الطواف هل فيه دم اذا لم يعد حتى خرج من مكة . واختلفوا
في وجوب الدم على من دفع من عرفة قبل الغروب فقال الشافعي واحمد
ان عاد ودفع بعد الغروب فلا دم عليه وان لم يرجع حتى طلع الفجر
وجب عليه الدم وقال ابو حنيفة والثوري عليه الدم رجع او لم يرجع
وقد تقدم هذا . واختلفوا فيمن وقف من عرفة ببطن عرنة فقال الشافعي
لا حج له وقال مالك عليه دم . وسبب الاختلاف هل النهي عن الوقوف
به هو من باب الحظر او من باب الكراهة وقد ذكرنا في باب افعال الحج التي
اتفقوا عليها كثيرا من اختلافهم فيما في تركه دم مما ليس فيه دم وان كان

الترتيب يقتضي ذكره في هذا الموضع والاسهل ذكره هنالك وقد قلنا في وجوب هذه العبادة وعلى من تجب وشرط وجوبها ومتى تجب وهي التي تجري مجرى المقدمات لمعرفة هذه العبادة وقلنا بعد ذلك في زمن هذه العبادة ومكانها ومحظوراتها وما اشتملت عليه من الافعال في مكان مكان من اماكنها وزمان زمان من ازمانها الجزئية التي انقضا زمانها ثم قلنا في احكام الحال الواقع في هذه العبادة وما يقبل من ذلك الاصلاح بالكفارات وما لا يقبل الاصلاح بل يوجب الاعادة وقلنا ايضا في حكم الاعادة بحسب موجباتها وفي هذا الباب يدخل من شرع فيها فمنعه منها مرض او عدو والذي بقي من افعال هذه العبادة هو القول في الهدي وذلك ان هذا النوع من العبادة هو جزء من هذه العبادة وهو مما ينبغي ان يفرد بالنظر فنقول

القول في الهدي

والنظر في الهدي يشتمل على معرفة وجوبه وعلى معرفة جنسه وعلى معرفة سنه وكيفية سوقه ومن اين يساق والى اين ينتهي بسوقه وهو موضع نحره وحكم لحمه بعد النحر فنقول انهم اجمعوا على ان الهدي المسوق في هذه العبادات منه واجب ومنه تطوع فالواجب منه ما هو واجب بالنذر ومنه ما هو واجب في بعض انواع هذه العبادات ومنه ما هو واجب لانه كفارة فاما ما هو واجب في بعض انواع هذه العبادة فهو هدي المتمتع بالاتفاق وهدي المقارن بالاختلاف واما الذي هو كفارة فهدي القضا على مذهب من يشترط فيه الهدي وهدي كفارة الصيد وهدي القاء الاذى والتفث وما اشبه ذلك من الهدي الذي قاسه الفقهاء في الاحلال بنسك منها على المنصوص عليها

فاما جنس الهدي فان العلماء متفقون على انه لا يكون الهدي الا من الازواج الثمانية التي نص الله عليها وان الافضل في الهدايا هي الابل ثم البقر ثم الغنم ثم المعز وانما اختلفوا في الضحايا واما الاسنان فعندهم فيها احمعوا على ان الثني فما فوقه يجزي منها وانه لا يجزي الجذع من المعز

354

[illegible]

واما [illegible] عليه [illegible]

واما [illegible] الحيوان [illegible] عن الثلة

ولهم [illegible] الكتابة التي

يجوز ان تبلغ من [illegible]

الفصل الرابع

واما شرط الحج [illegible] بالاتفاق واجمعوا انه لا يجوز [illegible]

99

بلغنا [illegible] الشي [illegible] من المسلمين لقوله [illegible] كاين
[illegible] البعض [illegible] الرب [illegible]
من [illegible] الخمسة والسبب
[illegible]
قال [illegible] من العشر [illegible]
[illegible] عال الاقتدار [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] والذين [illegible]
المسلمين [illegible]
في النبي [illegible]
[illegible] الجزية [illegible]
بالله [illegible]
وبغير [illegible]
محمد [illegible] لقوله وان [illegible]
ومن الناس من [illegible]
[illegible] من الجمع [illegible]

واما موقت العهد الذي [illegible] عليه
لقوله تعالى الان خفف الله عنكم [illegible] وقصه ابن [illegible]
عن ملك ان [illegible] انما يعتبر في القوة [illegible]
واما اذا كان [illegible] امنه وابدى سلاحا [illegible]

الفصل السادس

باب اهل تجوز المهادنة [illegible] اذا كان ذلك
الامام مصلحة للمسلمين [illegible] التي في الواجبة [illegible]

[illegible] من فتنة او غير ذلك اما [illegible] اذا [illegible]
[illegible] الجزية اما اشترط [illegible]
[illegible] شي [illegible]
[illegible]
[illegible] من الصبر [illegible]
[illegible] نزلت [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] جواز
[illegible] قوله تعالى [illegible]
[illegible] وقوله تعالى [illegible]
[illegible] الله [illegible]
[illegible] الجزية [illegible]
[illegible] الخلع [illegible]
[illegible] بعد ذلك على الا [illegible]
[illegible] لم يكن [illegible] ضرورة [illegible]
[illegible] الجزية [illegible]
[illegible] الحديبية لم [illegible]
[illegible] صلى الله عليه وسلم [illegible]
[illegible] قال الشافعي [illegible]
[illegible] المسلمين [illegible] الى ذلك
ضرورة [illegible] رسول الله صلى الله عليه وسلم [illegible]
[illegible] جعل [illegible]
[illegible] الله [illegible]

96

[illegible] المسلمون ان يقتلوا وقبا [illegible]

[illegible] الواجب عن الحربي [illegible]

[illegible]

[illegible] بالعنوة [illegible]

[illegible] والاموال [illegible]

[illegible]

[illegible] ان اعتقتنا [illegible]

[illegible]

الغانمين [illegible]

فقط أحد واما الخصوص بقول [illegible]

لا يعرف ومعلوم انه كان [illegible] الجناد [illegible]

الى ثلاث خصال فمن قبل الجزية [illegible]

اذا تأخر عن الخصوص [illegible] الجزية [illegible]

للكتاب ملا [illegible] متاخرة عن الف الحديث [illegible]

ان الامر بقتال المشركين [illegible]

انما هو من قبل الفتح [illegible] التي الجزية [illegible] بينهم الخصوص

تقدم [illegible] والتاخر بينهما اذا تقبل الجزية من جميع المشركين

كمن [illegible] من سائر المشركين فيخرج من ذلك العموم بما

[illegible] الخصوص [illegible] الابتداء ونزول [illegible] حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون

وهم صاغرون وسبانى القول في الجزية واحكامها في الجملة الثانية من هذا الكتاب جملة اركان الحرب ومما يتعلق [illegible] الشهرة

[illegible] المسلمين [illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

والقول في [illegible]

[illegible]

[illegible]

الفصل الاول

[illegible] التي توخذ قسرا من ايدي الروم [illegible]

[illegible] اخماسها [illegible] القول [illegible]

[illegible] والظاهر ان الخمس على الربعة مواضع

[illegible] خمسة اخماس على نص الاية [illegible]

[illegible] في قوله تعالى وان لله خمسه

[illegible] ذلك [illegible] انه يقسم اليوم ثلاثة

اقسام [illegible] صلى الله عليه وسلم

والقول الرابع ان [illegible] وهو قول

مالك [illegible] اربعة اخماس او خمسة

اختلفوا فيما بعد [illegible] رسول الله صلى الله عليه وسلم [illegible]

فقال قوم [illegible] الخمس [illegible]

[illegible] رسول الله صلى الله عليه وسلم [illegible]

للرواية [illegible] الإمام [illegible] وقال قوم بل يجعل في السلاح والكراع [illegible] واختلفوا في القرابة

[illegible] القوم [illegible]

[illegible]

على [illegible]

لبني هاشم [illegible]

على الصحابة وسلم [illegible]

وجوب الخمس [illegible]

وهو سهم مشهور [illegible]

الغنيمة [illegible]

على أن [illegible] [illegible] وسلم [illegible]

قال يجري مجرى [illegible] صلى الله [illegible]

الفصل الثاني

واجمع جمهور العلماء على أن أربعة أخماس الغنيمة للذين غنموها إذا خرجوا بإذن الإمام أو بغير إذنه لعموم قوله تعالى واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه الآية

[illegible]

360

وقال [illegible]

[illegible]

وقد أنه انتشر [illegible] رضي الله عنه [illegible]

[illegible] ابن أبي شيبة [illegible]

[illegible] سفيان بن عيينة [illegible]

[illegible]

[illegible] ليس [illegible] المرأة

[illegible] صلى الله عليه [illegible]

[illegible] بشبيه [illegible] في كونه [illegible]

لا تأثير في الحرب [illegible] من الغنى [illegible]

بالرجال الوجوب [illegible] الرجال [illegible]

[illegible] لم يوجب لهن شيئا [illegible] لهن [illegible]

[illegible] زعم اهل [illegible] ان رسول الله صلى الله عليه
[illegible] في الخمس واجراهم
[illegible] سرو
[illegible] القتال [illegible]
[illegible] خمسة [illegible] الغانمين
[illegible] اذا [illegible]
والقتال [illegible] منهم
[illegible]
[illegible] قال
[illegible] فلما حضر الحرب
[illegible]
[illegible] عليها [illegible]
[illegible]
[illegible] له [illegible] رسول الله صلى الله عليه وسلم [illegible]
ونصيبه من [illegible]
بن منبه [illegible] ومن اجازه [illegible]
بعضهم [illegible]
في [illegible] سلطان
فقط [illegible] ابو حنيفة [illegible]
واما الشرط [illegible] الله
اذا [illegible] القتال وليس
له سهم في الغنيمة [illegible] الغنم قبل ان يخرجوا
الى دار الاسلام وجب له [illegible] ان اشتغل بشي من السلاح
[illegible] ابو حنيفة [illegible] والسبب [illegible] سهمان الفارس واما [illegible]

Ed... 362

93
اما الفارس [illegible] الفارس في [illegible]
الغنيمة [illegible] مسلم له
[illegible] قال يجب له
[illegible]
[illegible] واما الاثنان
[illegible] رسول الله صلى الله عليه
[illegible] ابان [illegible]
[illegible] ان اقسم لنا [illegible]
[illegible]
[illegible] قال [illegible] عثمان [illegible] وحاجته
[illegible] له رسول الله صلى الله عليه وسلم [illegible]
[illegible] السهم [illegible] بن [illegible]
[illegible] واما [illegible]
الرجل من [illegible] العسكر [illegible]
[illegible] الغنيمة [illegible] القتال [illegible] لقوله عليه السلام
[illegible] على [illegible] اخرجه ابو داود [illegible] قال [illegible]
[illegible] اذا [illegible] السرية [illegible] من عسكر
[illegible] وكان ما يلي
[illegible] الجيش [illegible] ما ترد السرية
[illegible] والسبب [illegible] تابع
[illegible] فاذا
[illegible] شرطين [illegible] ان يكون من
[illegible] القتال واما ان يكون [illegible] لا يجب له [illegible]
اختلفوا في الفارس فقال [illegible] لفرسه
وقال ابو حنيفة للفارس [illegible] والسبب في اختلافهم

... [illegible] القياس للاثر وذلك ان ابا داود [illegible] ابن عمر ان النبي
صلى الله عليه [illegible]
[illegible] س
المعارض لظاهر [illegible]
الذي اعتمدوا [illegible] الحديث
[illegible] له وهكذا [illegible] اما [illegible]
الفارس [illegible] اصحاب
[illegible] واما الجمهور
[illegible]
[illegible] عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل قوله
[illegible] يوم القيامة [illegible]
[illegible] ابا [illegible]
[illegible] ذلك
وهو مذهب ابن [illegible]
جاءت في نحو [illegible]
وابن المغفل [illegible]
الطعام [illegible]
قال اصبت [illegible]
رسول الله صلى [illegible] وسلم [illegible]
ابن ابي اوفى قال [illegible]
خرجه البخاري [illegible]
لمعاقبة [illegible] برده [illegible] في تصحيح حديث صالح
[illegible] عن سالم عن [illegible] السلام قال من غل فاحرقوا متاعه

الفصل الثالث

واما تنفيل الامام من الغنيمة لمن شاء اعني ان يزيد على نصيبه فان العلماء
اتفقوا على جواز ذلك واختلفوا [illegible] مقداره وهل
يجوز الوعد به قبل الحرب [illegible] ليس يجب الا ان
يفعله الامام [illegible]
اما [illegible] من الخمس او
[illegible] يجوز من خمس الامام
حظ الامام [illegible] اختاره [illegible] وقال قوم بل النفل من جملة
الغنيمة وبه قال [illegible]
[illegible] المسيب [illegible] ان يكون [illegible]
ام هما على التخيير اعني [illegible] شي [illegible]
سورة الانفال قوله تعالى يسئلونك عن الانفال قل الانفال لله والرسول انها من
الخمس او من [illegible] على
التخيير اعني ان للامام [illegible]
اخر وهو اختلاف [illegible] وذلك [illegible] احدهما ما [illegible]
[illegible] رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث سرية فيها عبد الله ابن عمر قبل نجد
[illegible] كثيرة فكانت سهمانهم اثنى عشر بعيرا ونفلوا بعيرا بعيرا وهذا
يدل ان النفل [illegible] من الخمس والثاني [illegible] ابن مسلمة ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم كان ينفل الربع [illegible] الخمس في البداءة
وينفلهم الثلث بعد الخمس في الرجعة [illegible] عليه السلام وفي
[illegible] واما مقدار [illegible] الامام ان ينفل من ذلك
[illegible] الغنيمة [illegible] فقال [illegible] يجوز ان ينفل اكثر من الثلث
او الربع على حديث حبيب بن مسلمة [illegible] ان ينفل الامام السرية ما غنمها
جاز مصيرا الى ان الاية انما نزلت [illegible] بالمحكمة والنا [illegible]
[illegible] انها محكمة [illegible] فلا يجوز ان ينفل اكثر من الثلث او الربع

ملكهم

وأما المسألة الثالثة وهي هل يجوز [illegible] التنفيل من الحرب
أم لا [illegible] وليد [illegible]
معارضة [illegible] وجه الله
العظيم ولتكون [illegible] الحروب
[illegible]
[illegible] جواز الوعد [illegible]
ونسأل [illegible] في [illegible] الثالث
[illegible]

وأما المسألة الرابعة وهي هل يجب سلب المقتول للقاتل
أو ليس [illegible] فقال مالك لا يستحق
القاتل سلب المقتول إلا أن ينفله [illegible] وذلك بعد الحرب
[illegible] ثور [illegible]
وجماعة [illegible] أو لم يقله ومن هؤلاء
من جعل السلب له [illegible] ومنهم من قال
لا يجب السلب له إلا [illegible] الشافعي
من قال إنما يكون [illegible] إذا كان القتل [illegible]
وأما قتله [illegible] الحرب فليس له سلب
[illegible] إن استكثر [illegible] يخمسه [illegible]
احتمال قوله عليه [illegible] من قتل قتيلا فله
سلبه أن يكون [illegible]
[illegible] القتل [illegible] عليه
السلام [illegible] الغنيمة له [illegible]
[illegible] قوله تعالى [illegible] على
[illegible] الغانمين كما أنه [illegible] على

على الثلث للإمام في الغوائب [illegible] على أن الثلثين للإمام [illegible] هذا القول هو
عن [illegible] عليه السلام في [illegible] قال أنه قال لا
[illegible] وخرج أبو داود
عن [illegible] صلى الله عليه وسلم
قضى [illegible] أن البراء بن مالك
حمل على [illegible] بقتله
[illegible] أبي طلحة كذا الخمس
[illegible]
[illegible] أنه أول سلب خمس في الإسلام [illegible]
بين السلب القليل والكثير [illegible] واختلفوا في السلب الواجب [illegible]
له جميع ما [illegible] من ذلك الذهب والفضة

الفصل الرابع

وأما أموال المسلمين [illegible] من أيدي الكفار [illegible] اختلفوا في ذلك
على أربعة أقوال [illegible] المسلمين من أيدي الكفار من
[illegible] المسلمين [illegible] ومن قال
[illegible] وأبو ثور [illegible] ابن حزم والثاني أن
[illegible] من ذلك هو غنيمة الجيش [illegible] صاحبه فهو أحق
القول [illegible] بن دينار [illegible] طالب والقول
الثالث [illegible] المسلمين [illegible] بلا ثمن وما وجد
[illegible] أخذه [illegible] بالثمن
[illegible] بوجه ما
[illegible] قال بهذا القول مالك والثوري
وجماعة [illegible] بين ما طار من ذلك
إلى [illegible] الكفار [illegible] دار المشركين [illegible]

قبل ان يحوزوه [illegible] دار المشرك د فقالوا اما احازوه [illegible] ان العام صاحبه
قبل القسم فهو له [illegible] بعد القسم [illegible] بالثمن فقالوا واما اهل
تجزه العكس [illegible]
هو القول الرابع د [illegible] الكفار على
المسلمين امر [illegible]
فقهم في هذه المسئلة [illegible] لعقد
حديث عمران بن الحصين [illegible] المشركين [illegible]
وهو [illegible] المشركين [illegible] شيئا
صلى الله عليه [illegible] امراة من المسلمين [illegible] الله
وفي [illegible] فامتالت
دلوها [illegible] ثم رجعت قبل [illegible] لئن نجاها الله لتنحرنها
فلما قدمت المدينة عرفت الناقة [illegible] فاخبرت
[illegible] ابن ادم وهو
في معصية د [illegible] ظاهر [illegible] وهو له على له
[illegible] اخذها [illegible] عليه [illegible]
صلى الله عليه وسلم [illegible] في زمان [illegible]
ملك الكفار على [illegible]
[illegible] ويقوله عليه السلام
دار يعني انه [illegible] بعد هجرته [illegible]
المدينة د واما [illegible]
[illegible] الخطاب [illegible]
[illegible] ومن قال [illegible]
عينه والكفار قد [illegible] المسلمين [illegible]
ذلك ان الكفار [illegible] واما
[illegible] قبل القسم وبعد [illegible] المشركون عنه وبغير

[illegible]
لئيس فجعله [illegible] بالثمن [illegible]
ام الولد والمدبر من [illegible]
على المسلمين سائر [illegible]
[illegible]
على ايما [illegible]
دينا حتى [illegible]
[illegible]
اراد [illegible]
في شرعة مثل [illegible]
[illegible]

فالوا فوا جما ان [illegible]
49 [illegible] سلام [illegible]
[illegible]
بين [illegible] ذهب الى التخيير
ان [illegible] وزعم انه فكروي
[illegible] من الدين رواية وفقا
[illegible] لم يكن فهم
[illegible] فيهما قال واحد فان
[illegible] ومن الكتاب والاجماع
[illegible]
او سمعنا فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم [illegible] من الصل
وهذا انما يصح على راي [illegible] اخرية مستقبلا
و ينبغي ان يقال [illegible] فيه الحنفية وقولنا ان
[illegible] روايته البعض [illegible]
[illegible] من اسم البعض والقضية [illegible]
[illegible] فتعارضتا [illegible] بيان
[illegible] ترتيب الشبهة
[illegible] المخصص [illegible] يكون الامام مخيرا
بين [illegible] والوقفة وذكر
[illegible] على
[illegible] فهم ما
[illegible] او ناسخة
[illegible] او جبت
[illegible]
[illegible] فلا [illegible] قد تضمنت القول
[illegible] من الاموال [illegible]
قوله تعالى [illegible]

50 [illegible] الزوجة والزيد
[illegible] الزهو
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] وقت [illegible] وقال ان
[illegible] قال الشافعي انا رضون
[illegible] وقال ابو حنيفة
[illegible] الكعبة
[illegible] التعارض بين اية
[illegible] الزكاة
[illegible] خصصه [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] ارض
[illegible] الزكاة [illegible]
[illegible] فالتخصيص
[illegible] وبين الغزاة فالسوا

من اجل ... [illegible] ... ذلك اي

كانت توخذ ... [illegible]

[illegible]

واما ... [illegible]

عليه ... [illegible]

لجميع المسلمين ... [illegible]

والو... [illegible]

[illegible]

عن ... [illegible] ... الخمس مقسوم على ابار

[illegible] ... ذكروا في الخمس بعينه

[illegible] ... ام يصرفه على نفسه

[illegible] ... ملكه فيصرف

[illegible] ... وسبب اختلاف من ... [illegible]

[illegible] ... الي اجتهاد الامام هو

[illegible] ... ذلك ... [illegible]

[illegible]

[illegible] ... الخمس

[illegible] ... الخمس

[illegible] ... كانت اموال ... [illegible]

[illegible]

الخمس (margin note)

بخانت ... [illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

ومن الجوس ... [illegible]

الكتاب من العرب ... [illegible]

وقد تفكرت ... [illegible]

من اصناف ... [illegible]

والطفوخ والحرية ... [illegible]

حوف القتل والقتال ... [illegible]

في النساء الصبيان

من ... [illegible]

[illegible]

[illegible] ... ذلك ... [illegible] ... الامام ... [illegible]

[illegible] ثمانية وأربعين
[illegible] الأحاديث فلما على
[illegible] اسم الجزية إذ ليس في [illegible]
[illegible] على محنة وإنما ذلك
[illegible] والله أعلم ومن
[illegible] والأحوال الكثيرة ومن
[illegible]
[illegible] قبل الحول [illegible]
[illegible] قبل حلول الحول [illegible]
[illegible] الحول إن الحول يشترط [illegible]

في وجوبها فلذا وجد الرابع لما [illegible] الوجوب أشهر قبل
وجوب [illegible] التي إنما فوجبت
بعد [illegible]
أو لأنها [illegible] كثيرا من
[illegible] لأنه لا يعلم
[illegible] المرتبة مثل الدين
[illegible] افتدا [illegible]
المسألة الخامسة
[illegible] الجزية [illegible] وهي
هذه التي تكلمنا فيها [illegible] التي تفرض على العنوة [illegible] جزية
صلحية وهي التي يتيسر [illegible] عنهم وهذه ليس فيها توقيت
في الواجب وإنما فيها يجب [illegible] عليه وإنما ذلك كله راجع
إلى الاتفاق والراجح في ذلك [illegible]
أنه إن كان قبل الجزية الصلحية [illegible]
[illegible] وإذا أعطاه [illegible] وجب
فيجوز أقلها محدودا [illegible] غير محدود
وأما [illegible] وذلك أن [illegible] على أهل
[illegible] أمر [illegible] أعطوا
[illegible]
[illegible] على
[illegible] بعد
[illegible] وهو
[illegible] فيما [illegible]
في باب [illegible] بعد
[illegible]
[illegible] أهل [illegible]

٤٦ [illegible]

[illegible] نصاب المسا[illegible]

[illegible] وز جنسا ثالثا
[illegible] اختلف بعض اهل [illegible] ثبت
[illegible] يرجع اليها وانما ثبت
[illegible] انما فعله بالامكان
[illegible] ب ان تكون تلك
[illegible] اذا او كان على غير
[illegible] شرك . وقال الشافعي
[illegible] [illegible]

١٤١ في الضحايا والهدايا لقوله عليه السلام لابي بردة تجزي عنك ولا تجزي عن احد بعدك . واختلفوا في الجذع من الضان واكثر اهل العلم يقولون بجوازه في الضحايا والهدايا . وكان ابن عمر يقول لا يجزي في الهدايا الا الثني من كل جنس . ولا خلاف في ان الاعلا ثمنا في الضحايا افضل . وكان الزبير يقول لبنيه يا بني لا يهدين احدكم لله شيا يستحيي ان يهديه لكريمه فان الله اكرم الكرما واحق من اختير له وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم في الرقاب وقد قيل ايها افضل فقال افضلها اعلاها ثمنا وانفسها عند اهلها وليس في عدد الهدي حد معلوم وكان هدي رسول الله صلى الله عليه وسلم ماية . واما كيفية سوق الهدي فهو التقليد والاشعار لان هدي لان رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج عام الحديبية فلما كان بذي الحليفة قلد الهدي واشعره واحرم . واذا كان الهدي من الابل والبقر فلا خلاف انه يقلد نعلا او نعلين او ما اشبه ذلك لمن لم يجد النعال واختلفوا في تقليد الغنم فقال ملك وابو حنيفة لا تقلد الغنم وقال الشافعي وابو ثور واحمد تقلد لحديث الاعمش عن ابراهيم عن الاسود عن عايشة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اهدى الى البيت مرة غنما فقلدها . واستحبوا توجيهه الى القبلة في حين تقليده واستحب ملك الاشعار من الجانب الايسر لما رواه عن نافع عن ابن عمر . واستحب الشافعي واحمد وابو ثور الاشعار من الجانب الايمن لحديث ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى الظهر بذي الحليفة ثم دعا ببدنة فاشعرها من صفحة سنامها الايمن ثم سلت الدم عنها وقلدها نعلين . واما من اين يساق الهدي فان ملكا يرى ان من سنته ان يساق من الحل ولذلك ذهب الى ان من اشترى الهدي بمكة ولم يدخله من الحل ان عليه ان يقفه بعرفة وان لم يفعل فعليه البدل واما ان كان ادخله من الحل فيستحب له ان يقف بعرفة وهو قول ابن عمر وبه قال الليث وقال الشافعي والثوري وابو ثور وقوف الهدي بعرفة سنة ولا هدي لمن لم يقف

وعن جابر بن عبد الله ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ... الآية
قيل وما الحجاب الاشراك بالله تعالى ثم قرأ ان الله لا يغفر ان يشرك به ويغفر ما دون ذلك لمن يشاء
وقوع

كان ذا ادخله من الحل الى الحرم يكفيه وقال ابو حنيفة ليس توقيف الهدي بعرفة من
الحل وحجة مالك في ادخال الهدي من الحل الى الحرم ان النبي عليه السلام
كذلك فعل وقال خذوا عني مناسككم د وقال الشافعي التعريف سنة
مثل التقليد وقال ابو حنيفة ليس التعريف بسنة وانما فعل ذلك عليه
السلام لان مسكنه كان خارج الحرم د وروي عن عائشة التخيير في
تعريف الهدي او لا تعريفه ه واما محله فهو البيت العتيق كما قال سبحانه
ثم محلها الى البيت العتيق وقال هديا بالغ الكعبة د واجمع العلماء
على ان الكعبة لا يجوز ان لا هدي فيها ذبح وكذلك المسجد الحرام وان المعنى
في قوله هديا بالغ الكعبة انه اراد به الحرم بمكة احسانا منه لمساكينهم
وفقرايهم وكان مالك يقول انما المعنى في قوله هديا بالغ الكعبة
مكة وكان لا يجيز لمن نحر هديه في الحرم الا ان ينحره بمكة وقال الشافعي
وابو حنيفة ان نحره في غير مكة من الحرم اجزاه وقال الطبري يجوز نحر
الهدي حيث شاء المهدي الا هدي القران وجزاء الصيد فانه لا ينحر الا بالحرم
وبالجملة فالنحر بمنى اجماع من العلماء وفي العمرة بمكة الا ما اختلفوا فيه
في نحر المحصر وعند مالك ان نحر الحج بمكة وللعمرة بمنى اجزاه د ووجه
مالك في انه لا يجوز النحر بالحرم الا بمكة قوله صلى الله عليه وسلم كل
فجاج مكة وطرقها منحر واستثنى مالك من ذلك هدي العمرة فلا يجوز
ذبحه بغير مكة ه واما متى ينحر فان مالكا قال ان ذبح هدي المتمتع
او المتطوع قبل يوم النحر لم يجزه وجوزه ابو حنيفة في التطوع وقال
الشافعي يجوز في كليهما قبل يوم النحر ولا خلاف عند الجمهور
ان ما عدل من الهدي الى الصيام انه يجوز حيث شاء لانه لا منفعة في ذلك لاهل
الحرم ولا لاهل مكة وانما اختلفوا في الصدقة المعدولة عن الهدي فجمهور
العلماء على انها لمساكين مكة والحرم لانها بدل من جنس الهدي الذي هو
لهم وقال مالك الاطعام كالصيام يجوز بغير مكة ه واما صفة النحر

ان الايمان عبارة عن التصديق بالقلب د ومنه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم

واما صفة النحر فالجمهور مجمعون على ان التسمية مستحبة فيها لانها
٤٩ ذكاة ومنهم من استحب مع التسمية التكبير و يستحب للمهدي ان يلي
نحر هديه بيده وان استخلف جاز وكذلك فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم
ومن سنتها ان تنحر قياما لقوله سبحانه فاذكروا اسم الله عليها صواف
وقد تكلم في صفة النحر في كتاب الضحايا ه واما الجزء الثاني فهو هل
له الانتفاع به ولحمه وما في ذلك مسائل مشهورة احدها هل يجوز له ركوب
الهدي الواجب او التطوع فذهب اهل الظاهر الى ان ركوبه جائز من ضرورة
ومن غير ضرورة وبعضهم اوجب ذلك وكره جمهور فقهاء الامصار ركوبها
من غير ضرورة والحجة للجمهور من السنة ما خرجه ابو داود عن جابر وقد
سئل عن ركوب الهدي فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم
يقول اركبها بالمعروف اذا الجئت اليها حتى تجد ظهرا ومن طريق المعنى ان
الانتفاع بما فعل به القربة الى الله تعالى منه ممنوع من الشريعة وحجة
اهل الظاهر ما رواه مالك عن ابي الزناد عن الاعرج عن ابي هريرة ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم رأى رجلا يسوق بدنة فقال اركبها فقال يا رسول الله انها
بدنة فقال اركبها ويلك في الثانية والثالثة ه واجمعوا على ان هدي التطوع
اذا بلغ محله انه ياكل منه صاحبه كسائر الناس وانه اذا عطب قبل ان يبلغ
محله خلى بينه وبين الناس ولم ياكل منه وزاد داود لا يطعم منه رفقته لما
ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه بعث بالهدي مع ناجية الاسلمي
وقال ان عطبت فانحرها ثم اصبغ نعليها في دمها وخل بينها وبين الناس وروى
ابن عباس هذا الحديث وزاد فيه ولا تاكل منه انت ولا اهل رفقتك وقال
بهذه الزيادة داود وابو ثور ه واختلفوا فيما يجب على من اكل منه فقال
مالك ان اكل منه وجب عليه بدله د وقال الشافعي وابو حنيفة واحمد
والثوري وابن حبيب من اصحاب مالك عليه قيمة ما اكل او امر باكله طعاما
يتصدق به وروي عن علي وابن مسعود وابن عباس وجماعة من التابعين

وما عطب في الحرم قبل ان يصل مكة هل يلزم محله ام لا فيه خلاف مبني على الخلاف المتقدم في المحل هو مكة او الحرم . واما الهدي الواجب اذا عطب قبل محله فان لصاحبه ان ياكل منه لان عليه بدله ومنهم من اجاز له بيع لحمه ويستعين به في البدل وكره ذلك مالك . واختلفوا فيما ياكل من الهدي الواجب اذا بلغ محله فقال الشافعي لا ياكل من الهدي الواجب كله للمساكين وكذلك جلده ان كان جلالا والنعل الذي قلد به . وقال مالك ياكل من كل الهدي الواجب الا جزاء الصيد ونذر المساكين وفدية الاذى . وقال ابو حنيفة لا ياكل من الهدي الواجب الا هدي المتعة وهدي القران . وعمدة الشافعي تشبيه جميع اصناف الهدي الواجب بالكفارة . واما من جوز الاكل منه فلانه يتضمن الهدي معنيان احدهما انه عبادة مبتداة والثاني انه كفارة والمالكية غلب شبهه بالعبادة على شبهه بالكفارة في نوع من انواع الهدي كهدي القران والمتمتع وما اشبههما وغلب شبه الكفارة فيما ليس من ذلك ... ان الاكل من الهدي ... كفارة ترفع العقوبة ومن غلب شبه الكفارة منع الاكل كله لاتفاقهم انه لا ياكل صاحب الكفارة من الكفارة وان جزاء الصيد وفدية الاذى ظاهر من امرهما انه كفارة لم يختلف ... انه لا يوكل منها . قال القاضي ابو الوليد رحمه الله قد قلنا في حكم الهدي في جنسه وسنه وكيفية سوقه وشروطه ومن المكان والزمان وصفة نحره وحكم الانتفاع به وذلك ما قصدناه والله الموفق للصواب . وبتمام القول في هذا بحسب ترتيبنا تم القول في هذا الكتاب بحسب غرضنا ولله الشكر والحمد كثيرا على ما وفق وهدى اليه من التمام والكمال والحمد لله رب العالمين .

كتاب الايمان

وعن ابي موسى قال النبي صلى الله عليه وسلم ثلاثة يدعون الله فلا يستجاب لهم رجل كانت له امراة سيئة الخلق فلم يطلقها ورجل كان له على رجل مال فلم يشهد ورجل اعطى سفيها ماله وقد قال الله ولا تؤتوا السفهاء اموالكم

وهذا الكتاب ينقسم اولا الى جملتين الجملة الاولى في معرفة ضروب الايمان واحكامها . الجملة الثانية في معرفة الاشياء الرافعة للايمان اللازمة واحكامها .

الجملة الاولى

وهذه الجملة فيها ثلاثة فصول . الفصل الاول في معرفة الايمان المباحة وتمييزها من غير المباحة . الثاني في معرفة الايمان اللغوية والمنعقدة . الثالث في معرفة الايمان التي ترفعها الكفارة والتي لا ترفعها .

الفصل الاول

اتفق الجمهور على ان الاشياء منها ما يجوز في الشرع ان يقسم بها ومنها ما لا يجوز ان يقسم بها . واختلفوا اي الاشياء هي الاشياء التي بهذه الصفة فقال قوم ان الحلف المباح في الشرع هو الحلف بالله وان الحالف بغير الله عاص . وقال قوم بل يجوز الحلف بكل معظم في الشرع . والذين قالوا ان الايمان المباحة هي الايمان بالله اتفقوا على اباحة الايمان باسمائه . واختلفوا في الايمان التي بصفاته وبافعاله . وسبب اختلافهم في الحلف بغير الله من الاشياء المعظمة بالشرع معارضة ظاهر الكتاب في ذلك للاثر وذلك ان الله تعالى قد اقسم في الكتاب باشياء كثيرة مثل قوله والسماء والطارق ومثل قوله والنجم اذا هوى الى غير ذلك من الاقسام الواردة في القران . وثبت ان النبي عليه السلام قال ان الله ينهاكم ان تحلفوا بابائكم من كان حالفا فليحلف بالله او ليصمت . فمن جمع بين الاثر والكتاب بان قال ان الاشياء الواردة في الكتاب المقسوم بها فيها محذوف وهو الله تعالى وان التقدير ورب النجم ورب السماء قال الايمان المباحة هي الحلف بالله فقط . ومن جمع بينهما بان قال المقصود بالحديث انما هو ان لا يعظم من لم يعظم الشرع بدليل قوله فيه ان الله ينهاكم ان تحلفوا بابائكم وان هذا من باب الخاص اريد به العام اجاز الحلف بكل معظم في الشرع . فاذن سبب اختلافهم هو اختلافهم في بناء الاية والحديث . واما من منع الحلف بصفات الله وافعاله فضعيف . وسبب اختلافهم

ويأثم

[illegible]

هو هل يقتضي الحديث على ما جاء في الحديث من تعليق الحكم فيه بالاسم فقط
فيه جمود كثير وهو أشبه بمذهب أهل الظاهر وإن كان مرويا في المذهب
حكي عن محمد ابن المواز وشذت فرقة فمنعت اليمين بالله عز وجل
والحديث نص في مخالفة هذا المذهب

الفصل الثاني

واتفقوا أيضا على أن الأيمان منها لغو ومنها منعقدة لقوله تعالى لا يؤاخذكم
الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان
واختلفوا فيما هو اللغو فذهب مالك وأبو حنيفة إلى أنها اليمين على الشيء
يظن الرجل أنه على يقين منه فيخرج الشيء على خلاف ما حلف عليه وقال الشا
فعي اللغو اليمين ما لم تنعقد عليه النية مثل ما جرت به العادة من قول
الرجل في أثناء المخاطبة لا والله وبلى والله مما يجري على الألسنة في العا
دة من غير أن يعتقد لزومه وهذا القول رواه مالك في الموطأ عن عائشة
والقول الأول مروي عن الحسن وقتادة ومجاهد وإبراهيم النخعي وفيه قول
ثالث وهو أن يحلف الرجل وهو غضبان وبه قال إسماعيل القاضي من أصحاب
مالك. وفيه قول رابع وهو الحلف على المعصية روي عن ابن عباس
وفيه قول خامس وهو أن يحلف الرجل ألا يأكل شيئا مما أحله الله له بالشرع
والسبب في اختلافهم هو الاشتراك الذي في اسم اللغو وذلك
أن اللغو قد يكون الكلام الباطل مثل قوله تعالى والغوا فيه لعلكم تغلبون
وقد يكون الكلام الذي لا تنعقد عليه نية المتكلم به ويدل على أن اللغو في
الآية هو هذا أن هذه اليمين هي ضد اليمين المنعقدة وهي المؤكدة
فوجب أن يكون الحكم المضاد للشيء المضاد. والذين قالوا إن اللغو
هو الحلف في إغلاق أو الحلف على ما لا يوجب فيه الشرع شيئا
بحسب ما يعتقد فيه في ذلك فإنما ذهبوا إلى أن اللغو هاهنا يدل على
معنى عرفي بالشرع وهو الأيمان التي بين الشرع في مواضع أخر سقوط
حكمها مثل ما روي أنه لا طلاق في إغلاق وما أشبه ذلك لا الأكثر الأغلبي

الأظهر هما القولان الأولان أعني قول مالك والشافعي

الفصل الثالث

وفي هذا الفصل أربع مسائل

المسألة الأولى اختلفوا في الأيمان بالله المنعقدة هل يرفع جميعها
الكفارة سواء كان حلفا على شيء ماض أنه كان فلم يكن وهي التي تعرف باليمين
الغموس وذلك إذا تعمد الكذب أو على شيء مستقبل أنه يكون من قبل
الحالف أو من قبل من هو بسببه فلم يكن فقال الجمهور ليس في اليمين
الغموس كفارة وإنما الكفارة في الأيمان التي تكون في المستقبل إذا خا
لف اليمين الحالف وممن قال بهذا مالك وأبو حنيفة وأحمد ابن حنبل وقال
الشافعي وجماعة تجب فيها الكفارة أي تسقط الكفارة الإثم فيها
كما تسقطه في غير الغموس وسبب اختلافهم معارضة عموم الكتاب للأثر
وذلك أن قوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان الآية يوجب أن يكون
في اليمين الغموس كفارة لكونها من الأيمان المنعقدة وقوله عليه السلام
من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه حرم الله عليه الجنة وأوجب له النار
يوجب أن اليمين الغموس ليس فيها كفارة ولكن للشافعية أن تستثني من
الأيمان الغموسة ما لا يقتطع بها حق الغير وتقول إن الأيمان التي يقتطع بها
حق الغير قد جمعت الظلم والحنث فوجب ألا تكون الكفارة تهدم الأمرين
جميعا وليس يمكن فيها أن تهدم الحنث دون الظلم لأن رفع الحنث بالكفا
رة إنما هو من باب التوبة وليس تتبعض التوبة في الذنب الواحد بعينه فإن
تاب ورد المظلمة وكفر سقط عنه جميع الإثم

المسألة الثانية واختلف العلماء فيمن قال أنا كافر بالله أو مشرك
بالله أو يهودي أو نصراني إن فعلت كذا ثم فعل ذلك هل عليه كفارة أم لا
فقال مالك والشافعي ليس عليه كفارة ولا هذه يمين وقال أبو حنيفة هي
يمين وعليه فيها الكفارة إذا خالف اليمين وهو قول أحمد ابن حنبل أيضا وسبب
اختلافهم هو اختلافهم في هل يجوز اليمين بكل ما له حرمة أم ليس يجوز

الا بالله فقط ثم ان وجب بعض تعظيم ما لا يجوز ان الايمان المنعقدة اعني التي هي بصيغ القسم انما هي الايمان الواقعة بالله عز وجل وبالاسماء فلا كفارة فيها اذ ليست بيمين ومن رأى ان الايمان تنعقد بكل ما عظم الشرع حرمته قال تجب فيها الكفارة لان الحلف بالتعظيم كالحلف بترك التعظيم وذلك انه كما يجب التعظيم يجب الا يترك التعظيم فكما ان من حلف بوجوب حق الله عليه يلزمه كذلك من حلف بترك وجوبه

المسألة الثالثة

اتفق الجمهور في الايمان التي ليست اقساما بشيء وانما تخرج مخرج الالتزام الواقع بشرط من الشروط مثل ان يقول القائل ان فعلت كذا وكذا فعلي مشي الى بيت الله وان فعلت كذا وكذا فغلامي حر وامرأتي طالق انها تلزم في القرب وفيما اذا التزمه الانسان لزمه بالشرع مثل الطلاق والعتق واختلفوا هل فيها كفارة أم لا فذهب مالك الى انه لا كفارة فيها وانه ان لم يفعل ما حلف عليه اثم ولا بد وذهب الشافعي واحمد وابو عبيد وغيرهم الى ان هذا الجنس من الايمان فيها الكفارة الا الطلاق والعتق وقال ابو ثور يكفر من حلف بالعتق وقول الشافعي مروي عن عائشة وسبب اختلافهم هل هي يمين او نذر فمن قال انها يمين اوجب فيها الكفارة لدخولها تحت عموم قوله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين الآية ومن قال هي من جنس النذر اي من جنس الاشياء التي نص الشرع على انه اذا التزمها الانسان لزمته قال لا كفارة فيها لكن يعسر هذا على المالكية لتسميتهم اياها ايمانا الا ان لعلهم انما سموها ايمانا على طريق التجوز والتوسع والحق انه ليس يجب ان تسمى بحسب الدلالة اللغوية ايمانا فان الايمان في لغة العرب لها صيغ مخصوصة وانما تقع اليمين بالاشياء التي تعظم وليست صيغة الشرط هي صيغة اليمين فاما هل تسمى ايمانا بالعرف الشرعي وهل حكمها حكم الايمان ففيه نظر وذلك انه ثبت انه عليه السلام قال كفارة النذر كفارة

كفارة اليمين وقال تعالى لم تحرم ما احل الله لك الى قوله قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم وظاهر هذه الآية انه سمى بالشرع القول الذي مخرجه مخرج الشرط او مخرج الالتزام دون شرط ولا يمين يمينا فيجب ان يحمل على ذلك جميع الاقاويل التي تجري هذا المجرى الا ما خصصه الاجماع من ذلك مثل الطلاق وذهب داود واهل الظاهر الى انه ليس يلزم من مثل هذه الاقاويل التي الخارجة مخرج الشرط الا ما الزمه الاجماع من ذلك وذلك انها ليست بنذر فيلزم فيها النذر ولا بايمان فترفعها الكفارة فلم يوجبوا على من قال ان فعلت كذا وكذا فعلي المشي الى بيت الله مشيا ولا كفارة بخلاف لو قال علي المشي الى بيت الله فان هذا نذر باتفاق وقد قال عليه السلام من نذر ان يطع الله فليطعه وسبب الخلاف في هذه الاقاويل التي تخرج مخرج الشرط هل هي ايمان او نذور او ليست ايمانا ولا نذورا فتأمل هذا فانه بين ان شاء الله

المسألة الرابعة

اختلفوا في قول القائل أقسم او اشهد ان كان كذا وكذا هل هو يمين أم لا على ثلاثة اقوال فقيل انه ليس بيمين وهو احد قولي الشافعي وقيل انها ايمان ضد القول الاول وبه قال ابو حنيفة وقيل ان اراد الله بها فهي يمين وان لم يرد بها الله فليست بيمين وهو مذهب مالك وسبب اختلافهم هل المراعى اعتبار صيغة اللفظ او اعتبار مفهومه بالعادة او اعتبار النية فمن اعتبر صيغة اللفظ قال ليست بيمين اذ لم يكن هنالك نطق بمقسم به ومن اعتبر مفهوم اللفظ بالعادة قال هي يمين وفي اللفظ محذوف ولا بد وهو الله تعالى ومن لم يعتبر هذين الامرين واعتبر النية اذ كان اللفظ صالحا للامرين فرق في ذلك كما تقدم

الجملة الثانية

وهذه الجملة تنقسم الى قسمين القسم الاول النظر في الاستثناء القسم الثاني النظر في الكفارات

القسم الاول وهذا القسم فيه فصلان

... ان تعتصموا بحبل الله جميعا ولا تفرقوا وان تناصحوا من ولاه الله امركم
قيل وقال وكثرة السوال واضاعة المال
يعني الجمعة والقران

الفصل الاول في شروط الاستثنا. الفصل الثاني في تعريف الايمان التي يوثر فيها الاستثنا.

الفصل الاول

واجمعوا على ان الاستثنا بالجملة له تاثير في حل الايمان، واختلفوا في شروط الاستثنا الذي يجب له هذا الحكم بعد ان اجمعوا انه اذا اجتمع في الاستثنا ثلثة شروط ان يكون متناسقا مع اليمين وملفوظا به ومقصودا من اول اليمين انه لا يحنث معه في اليمين. واختلفوا في هذه الثلاثة مواضع اعني اذا فرق الاستثنا من اليمين او نواه ولم ينطق به او حدثت له نية الاستثنا بعد اليمين وان اتى به متناسقا مع اليمين.

فاما المسئلة الاولى وهي اشتراط اتصاله بالقسم فان قوما اشترطوا ذلك فيه وهو مذهب مالك. وقال الشافعي لا باس بينهما بالسكتة الخفيفة كسكتة الرجل للتذكر او التنفس او انقطاع الصوت. وقال قوم من التابعين يجوز للحالف الاستثنا ما لم يقم من مجلسه. وكان ابن عباس يرى ان له الاستثنا ابدا على ما ذكر عنه. وانما اتفق الجميع على ان استثنا مشيية الله في الامر المحلوف على فعله وتركه رافع لليمين لان الاستثنا هو رفع للزوم اليمين. قال ابو بكر ابن المنذر ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف فقال ان شا الله لم يحنث. وانما اختلفوا هل يوثر فيها اذا لم يوصل باليمين او لا يوثر لاختلافهم هل هو حال للانعقاد او هو مانع له، فاذا قلنا انه مانع للانعقاد لا حال له اشترط ان يكون متصلا باليمين، واذا قلنا انه حال للانعقاد لم يلزم فيه ذلك. والذين اتفقوا على انه حال اختلفوا هل حال بالقرب او بالبعد على ما حكيناه. وقد احتج من راى انه حال بالقرب بما رواه مسعر عن سماك بن حرب عن عكرمة عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم والله لاغزون قريشا قالها ثلث مرات ثم سكت ثم قال ان شا الله، فدل هذا ان الاستثنا حال لليمين لا مانع لها من الانعقاد. قالوا ومن الدليل على انه حال بالقرب انه لو كان حالا بالبعد

اللهم اجعلني من ... الشروط المعتبرة المستجاد لها

بالبعد على ما ذكر عن ابن عباس لكان الاستثنا يغني عن الكفارة والذي قالوه بين. واما اشتراط النطق باللسان وهي المسئلة الثانية فانه اختلف فيه فقيل لا بد فيه من اشتراط اللفظ اي لفظ كان من الفاظ الاستثنا وسوا كان بالفاظ الاستثنا او تخصيص العموم او بتقييد المطلق وهذا هو المشهور. وقيل انما ينفع الاستثنا بالنية بغير لفظ في حرف الا فقط اي فيما يدل عليه لفظ الا وليس ينفع فيما سواه من الحروف وهذه التفرقة ضعيفة. والسبب في هذا الاختلاف هو هل تلزم العقود اللازمة بالنية فقط او باللفظ والنية معا مثل الطلاق والعتق واليمين وغير ذلك.

واما المسئلة الثالثة وهي هل تنفع النية الحادثة في الاستثنا بعد انقضا اليمين فقيل في المذهب انما تنفع اذا حدثت متصلة باليمين، وقيل بل اذا حدثت قبل ان يتم النطق باليمين، وقيل بل الاستثنا على ضربين استثنا من عدد واستثنا من عموم بتخصيص او من مطلق بتقييد، فالاستثنا من العدد لا ينفع فيه الا حدوث النية قبل النطق باليمين، والاستثنا من العموم ينفع فيه حدوث النية بعد اليمين اذا وصل الاستثنا باليمين. وسبب اختلافهم هل الاستثنا مانع للعقد او حال له، فان قلنا انه مانع فلا بد من اشتراط حدوث النية قبل النطق باليمين او في اول الاستثنا، وان قلنا انه حال لم يلزم ما ذلك. وقد الزم عبد الوهاب ان يشترط حدوث النية في اول اليمين للاتفاق وزعم ان الاستثنا حال لليمين كالكفارة سوا.

الفصل الثاني من القسم الاول

وقد اختلفوا في الايمان التي يوثر فيها استثنا مشيية الله من التي لا توثر، فقال مالك واصحابه لا تؤثر المشيية الا في الايمان التي تكفر وهي اليمين بالله عندهم او النذر المطلق على ما سياتي. واما الطلاق والعتق فلا يخلو ان يعلق الاستثنا في ذلك بمجرد الطلاق فقط مثل ان يقول هي طالق ان شا الله وهذه ليست عندهم يمينا، واما ان يعلق الطلاق بشرط من الشروط مثل ان يقول

ان كان كذا وكذا فهي طالق ان شا الله . واما القسم الاول فلا خلاف في المذهب ان المشيئة غير مؤثرة فيه . واما القسم الثاني وهو اليمين بالطلاق ففي المذهب فيه قولان احدهما انه اذا صرف الاستثنا الى الشرط الذي علق به الطلاق وان صرفه الى نفس الطلاق لم ينفع . وقال ابو حنيفة والشافعي الاستثنا يؤثر في ذلك سوا قرن بالقول الذي مخرجه مخرج الشرط او بالقول الذي مخرجه مخرج الخبر . وسبب الخلاف ما قلنا من ان الاستثنا هل هو حال او مانع فاذا قلنا مانع وقرن بلفظ مجرد الطلاق فلا تاثير فيه اذا وقع الطلاق اعني اذا قال الرجل لزوجه هي طالق ان شا الله . وان قلنا انه حل للعقد وجب ان يكون له تاثير في الطلاق وان كان قد وقع فتامل هذا فانه بين ولا معنى لقول المالكية ان الاستثنا مستحيل في الطلاق لان وقوعه لا يتعقد وان الاستثنا هو مانع لا حال

القسم الثاني من الجملة الثانية

وهذا القسم فيه فصول ثلثة فوا عشرا الفصل الاول في موجب الحنث وشروطه واحكامه . الفصل الثاني في رافع الحنث وهي الكفارات . الفصل الثالث متى ترفع ومتى ترفع

الفصل الاول

واتفقوا على ان موجب الحنث هو المخالفة لما انعقدت عليه اليمين وذلك اما فعل ما حلف على الا يفعله واما ترك ما فعله اذا علم انه قد تراخا عن فعل ما حلف على فعله الى وقت ليس يمكنه فيه فعله وذلك في اليمين بالترك المطلق مثل ان يحلف ليأكلن هذا الرغيف فيأكله غيره او الى وقت هو غير الوقت الذي اشترط في وجود الفعل عنه وذلك في الفعل المشترط فعله في زمان محدود مثل ان يقول والله لافعلن اليوم كذا وكذا فانه اذا انقضا النهار ولم يفعل حنث ضرورة . واختلفوا من ذلك في اربعة مواضع احدها اذا فعل بالمخالفة ناسيا او مكرها . والثاني هل يتعلق موجب اليمين باقل ما ينطلق عليه الاسم او بجميعه . والموضع الثالث هل يتعلق اليمين بالمعنى

بالمعنى المساوي لصيغة اللفظ او بمفهومه المخصص للصيغة او المعمم لها . والموضع الرابع هل اليمين على نية الحالف او المستحلف .

فاما المسئلة الاولى فان مالكا يرى الساهي والمكره بمنزلة العامد والشافعي يرى ان لا حنث على الساهي والمكره . وسبب اختلافهم معارضة عموم قوله تعالى ولكن يواخذكم بما عقدتم الايمان ولم يفرق بين عامد وناس لعموم قوله عليه السلام رفع عن امتي الخطا والنسيان وما استكرهوا عليه فان هذين العمومين يمكن ان يخصص كل واحد منهما بصاحبه .

واما المسئلة الثانية فمثل ان يحلف الا يفعل شيئا ففعل بعضه او انه يفعل شيئا ففعل بعضه فعند مالك اذا حلف ليأكلن هذا الرغيف فلا يبر الا باكله كله واذا قال لا آكل هذا الرغيف فانه يحنث ان اكل بعضه وعند الشافعي وابي حنيفة انه لا يحنث في الوجهين جميعا حملا على الاخذ باكثر ما يدل عليه الاسم . واما تفريق مالك بين الفعل والترك فلم يجر في ذلك على اصل واحد لانه اخذ في الترك باقل ما يدل عليه الاسم واخذ في الفعل بجميع ما يدل عليه الاسم وكانه ذهب الى الاحتياط .

واما المسئلة الثالثة فمثل ان يحلف على شي بعينه يفهم منه القصد الى معنى اعم من ذلك الشي الذي لفظ به او اخص او يحلف على شي وينوي به معنى اعم او اخص او يكون للشي الذي حلف عليه اسمان احدهما لغوي والاخر عرفي واحدهما اخص من الاخر فاما اذا حلف على شي بعينه فانه لا يحنث عند الشافعي وابي حنيفة الا بالمخالفة الواقعة في ذلك الشي بعينه الذي وقع عليه الحلف وان كان المفهوم معنى اخص او اعم من قبل الدلالة العرفية وكذلك ايضا احسب انهم لا يعتبرون النية المخالفة للفظ وانما يعتبرون مجرد الالفاظ فقط . واما مالك فان المشهور من مذهبه ان المعتبر اولا في الايمان التي لا يقضى على حالفها بموجبها هو النية فان عدمت فقرينة الحال فان عدمت

يعرف اللفظ فإن عدم فبالدلالة اللغوية. وقيل لا يراعى إلا النية أو ظاهر
اللفظ اللغوي فقط. وقيل يراعى النية وبساط الحال ولا يراعى
العرف. وأما الأيمان التي يقضى بها على صاحبها فإنه إن جاء الحالف مستفتيا
كان حكمه حكم اليمين التي لا يقضى بها على صاحبها من مراعاة هذه الأشياء
على الترتيب وإن كان مما يقضى به عليه لم يراع فيها إلا اللفظ
إلا أن يشهد لما يدعي من النية المخالفة لظاهر اللفظ قرينة الحال أو العرف
. وأما المسألة الرابعة فإنهم اتفقوا على أن اليمين على نية المستحلف
في الدعاوي. واختلفوا في غير ذلك من الأيمان على المواعيد فقال قوم
على نية الحالف. وقال قوم على نية المستحلف. وثبت عنه عليه السلام
أنه قال اليمين على نية المستحلف وقال عليه السلام يمينك على ما
يصدقك عليه صاحبك خرج هذين الحديثين مسلم. ومن قال اليمين
على نية الحالف فإنما اعتبر المعنى القائم بالنفس من اليمين لا ظاهر
اللفظ. وفي هذا الباب فروع كثيرة لكن هذه المسائل الأربع هي
أصول هذا الباب إذ يكاد أن يكون جميع الاختلاف الواقع في هذا
الباب راجعا إلى الاختلاف في هذه وذلك في الأكثر مثل اختلافهم
فيمن حلف ألا يأكل رؤوسا فأكل رؤوس حيتان هل يحنث أم لا فمن راعى
العرف قال لا يحنث ومن راعى دلالة اللغة قال يحنث. ومثل اختلافهم فيمن
حلف ألا يأكل لحما فأكل شحما فمن اعتبر دلالة اللفظ الحقيقي قال لا
يحنث. ومن رأى أن اسم الشيء قد يطلق على ما يتولد منه قال يحنث وبالجملة
فاختلافهم في المسائل الفرعية التي في هذا الباب راجعة إلى
اختلافهم في هذه المسائل التي ذكرنا وراجعة إلى اختلافهم في دلالة
الألفاظ التي يحلف بها وذلك أن منها ما هي مجملة ومنها ما هي ظاهرة
ومنها ما هي نص.

الفصل الثاني

واتفقوا على أن الكفارة في الأيمان هي الأربعة الأنواع التي ذكر الله تعالى

... أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ما من رجل لا يؤدي زكاة ماله إلا
... يوم القيامة ثم قرأ علينا مصداقه من كتاب الله عز وجل سيطوقون

٣٩

تعالى في قوله فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم الآية
وجمهورهم على أن الحالف إذا حنث مخير بين الثلاثة منها أعني الإطعام
أو الكسوة أو العتق وأنه لا يجوز له الصيام إلا إذا عجز عن هذه الثلاثة لقوله
تعالى فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام إلا ما روي عن ابن عمر أنه كان إذا غلظ
اليمين أعتق أو كسا وإذا لم يغلظها أطعم. واختلفوا من ذلك في سبع مسائل
مشهورة. المسألة الأولى في مقدار الإطعام لكل واحد
من العشرة مساكين. الثانية في جنس الكسوة وعددها إذا اختارها.
الثالثة في اشتراط التتابع في صيام الثلاثة الأيام. الرابعة في اشتراط
العدد في المساكين. الخامسة في اشتراط الإسلام فيهم والحرية.
السادسة في اشتراط السلامة من العيوب. السابعة في اشتراط
الإيمان فيها. أما المسألة الأولى وهي مقدار الإطعام
فقال مالك والشافعي وأهل المدينة يعطى لكل مسكين مد من حنطة بمد
النبي عليه السلام إلا أن مالكا قال المد خاص بأهل المدينة فقط لضيق معايشهم
وأما سائر البلدان فيعطون الوسط من نفقتهم. وقال ابن القاسم يجزئ المد
في كل مدينة مثل قول الشافعي. وقال أبو حنيفة وأصحابه يعطيهم نصف صاع
من حنطة أو صاعا من شعير أو تمر قال فإن غداهم وعشاهم أجزأه. والسبب
في اختلافهم في ذلك اختلافهم في تأويل قوله تعالى من أوسط ما تطعمون
أهليكم هل المراد بذلك أكلة واحدة أو غداء وعشاء فمن قال أكلة واحدة
قال المد وسط في الشبع ومن قال غداء وعشاء قال نصف صاع. ولاختلافهم
سبب آخر وهو تردد هذه الكفارة بين كفارة الفطر في رمضان
وبين كفارة الأذى فمن شبهها بكفارة الفطر قال مدا واحدا ومن شبهها
بكفارة الأذى قال نصف صاع. واختلفوا هل يكون مع الخبز في ذلك إدام
أم لا وإن كان فما هو الوسط فيه فقيل يجزئ الخبز قفارا وقال ابن حبيب
لا يجزئ. وقيل الوسط من الإدام الزيت وقيل اللبن والسمن والتمر.

واختلف أصحاب مالك من أي شيء تجزئ الأمداد فقيل من غالب قوت أهل البلد وقيل من قوت المكفر، وقال بعضهم من قوله تعالى من أوسط ما تطعمون أهليكم فقيل هم أهل المكفر وعلى هذا إنما يخرج الوسط من الشيء الذي يعيش منه إن قمحا فقمحا وإن شعيرا فشعيرا وقيل هم أهل البلد وعلى هذا فالمعتبر في اللازم له هو الوسط من عيش أهل البلد لا من عيشه أعني الغالب وعلى هذين القولين يحمل قدر الوسط من الإطعام أعني الوسط من قدر ما يطعم أهله أو الوسط من قدر ما يطعم أهل البلد أهليهم إلا في المدينة

وأما المسألة الثانية

وهي المجزئ من الكسوة فإن مالكا رأى أن الذي يجزئ من ذلك هو ما يسمى ما يجزئ فيه الصلاة فإن كسا الرجال كساهم ثوبا ثوبا وإن كسا النساء كساهن ثوبين درعا وخمارا، وقال الشافعي وأبو حنيفة يجزئ في ذلك أقل ما ينطلق عليه الاسم إزارا أو قميصا أو سراويل أو عمامة، وقال أبو يوسف لا تجزئ العمامة ولا السراويل، وسبب اختلافهم هل الواجب الأخذ بأقل دلالة الاسم اللغوي أو المعنى الشرعي

وأما المسألة الثالثة

وهي اختلافهم في اشتراط تتابع الأيام الثلاثة فإن مالكا والشافعي لم يشترطا في ذلك وجوب التتابع وإن كانا استحباه واشترط ذلك أبو حنيفة، وسبب اختلافهم في ذلك شيئان أحدهما هل يجوز العمل بالقراءة التي ليست في المصحف وذلك أن في قراءة ابن مسعود فصيام ثلاثة أيام متتابعات، والثاني اختلافهم هل يحمل الأمر بمطلق الصوم على التتابع أم ليس يحمل إذا كان الأصل في الصيام الواجب في الشرع إنما هو التتابع

وأما المسألة الرابعة

وهي اشتراط العدد في المساكين فإن مالكا والشافعي قالا لا يجزئه إلا أن يطعم عشرة مساكين، وقال أبو حنيفة إن أطعم مسكينا واحدا عشرة أيام جاز، والسبب في اختلافهم هل الكفارة حق واجب للعدد المذكور أو حق واجب على المكفر فقط والعدد المذكور فإن قلنا هو واجب للعدد كالوصية

كالوصية فلا بد من اشتراط العدد، وإن قلنا هو واجب على المكفر لكنه قدر بالعدد أجزأ من ذلك إطعام مسكين واحد على عدد المذكورين والمسألة محتملة ١١٥

وأما المسألة الخامسة

وهي اشتراط الإسلام والحرية في المساكين فإن مالكا والشافعي اشترطاهما ولم يشترط ذلك أبو حنيفة، وسبب اختلافهم هل استيجاب الصدقة إنما هو بالفقر فقط أو بالإسلام إذ كان السمع قد أنبأ أنه يثاب بالصدقة على الفقير غير المسلم فمن شبه الكفارة بالزكاة الواجبة للمسلمين اشترط الإسلام في المساكين الذين تجب لهم هذه الكفارة، ومن شبهها بالصدقات التي تكون عن تطوع أجاز أن يكونوا غير المسلمين، وأما سبب اختلافهم في العبيد فهو هل يتصور وجود الفقر فيهم أم لا إذ كانوا مكفيين من ساداتهم في أغلب الأحوال أو ممن يجب أن يكفوا فمن راعى وجود الفقر فقط قال العبيد والأحرار سواء إذ قد يوجد من العبيد من يجوعه سيده، ومن راعى وجوب الحق له على الغير بالحكم قال العبيد تجب على السيد القيام بهم ويقضى بذلك عليه وإن كان معسرا قضي عليه ببيعه فليس يحتاجون إلى المعونة بالكفارات وما جرى مجراها من الصدقات

وأما المسألة السادسة

وهي هل من شرط الرقبة أن تكون سليمة من العيوب فإن فقهاء الأمصار اشترطوا ذلك أعني العيوب المؤثرة في الأثمان، وقال أهل الظاهر ليس ذلك من شرطها، وسبب اختلافهم هو هل الواجب الأخذ بأقل ما يدل عليه الاسم أو بأتم ما يدل عليه الاسم

وأما المسألة السابعة

وهو اشتراط الإيمان في الرقبة أيضا فإن مالكا والشافعي اشترطا ذلك وأجاز أبو حنيفة أن تكون الرقبة غير مؤمنة، وسبب اختلافهم هل يحمل المطلق على المقيد في الأشياء التي تتفق في الأحكام وتختلف في الأسباب كحال هذه الكفارة مع كفارة الظهار فمن قال يحمل المطلق على المقيد في ذلك قال باشتراط الإيمان في ذلك حملا على اشتراط ذلك في كفارة الظهار في قوله عز وجل فتحرير رقبة مؤمنة

ومن قال الأيمان يجب عنده أن يعمل بموجب اللفظ على الخلاف فيه.

الفصل الثالث

وأما متى ترفع الكفارة الحنث وتمحوه فإنهم اختلفوا في ذلك، فقال الشافعي إذا كفر قبل الحنث أو بعده فقد ارتفع الإثم. وقال أبو حنيفة لا يرتفع الحنث إلا بالتكفير الذي يكون بعد الحنث لا قبله، وروي عن مالك في ذلك القولان. وسبب اختلافهم شيئان: أحدهما اختلاف الرواية في قوله عليه السلام من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه، فإن قوما رووه هكذا، وقوما رووه فليكفر عن يمينه وليأت الذي هو خير، وظاهر هذه الرواية أن الكفارة تجزئ قبل الحنث، وظاهر الأولى أنها بعد الحنث. والسبب الثاني اختلافهم في هل يجزئ تقديم الحق الواجب قبل وقت وجوبه، لأنه من الظاهر أن الكفارة إنما تجب بعد الحنث كالزكاة بعد الحول، ولقائل أن يقول إن الكفارة إنما تجب بإرادة الحنث والعزم عليه كالحال في كفارة الظهار، فلا يدخله الخلاف من هذه الجهة. وكأن سبب الخلاف من طريق المعنى هو هل الكفارة رافعة للحنث إذا وقع أو مانعة له، فمن قال مانعة أجاز تقديمها على الحنث، ومن قال رافعة لم يجزها إلا بعد وقوعه.

وأما تعدد الكفارات بتعدد الأيمان فإنهم اتفقوا فيما علمت أن من حلف على أمور شتى بيمين واحدة أن كفارته كفارة يمين واحدة، وكذلك فيما أحسب لا خلاف بينهم إذا حلف بأيمان شتى على شيء واحد أن الكفارة الواجبة في ذلك بعدد الأيمان كالحالف إذا حلف بأيمان شتى على أشياء شتى. واختلفوا إذا حلف على شيء واحد بعينه مرارا كثيرة، فقال قوم في ذلك كفارة يمين واحدة، وقال قوم في كل يمين كفارة إلا أن يريد التأكيد وهو قول مالك، فيها كفارة واحدة إلا أن يريد وهو قول مالك بياض، وقال قوم فيها كفارة واحدة إلا أن يريد التغليظ. وسبب اختلافهم هل الموجب للتعدد هو تعدد الأيمان بالجنس أو بالعدد، فمن قال اختلافها بالعدد

بالعدد قال الكفارة بعدد الأيمان إذا تكررت، ومن قال بالجنس قال في هذه المسألة يمين واحدة. واختلفوا إذا حلف في يمين واحدة بصفتين من صفات الله تعالى هل تتعدد الكفارات التي تضمنت اليمين أم في ذلك كفارة واحدة، فقال مالك الكفارة في هذا اليمين تتعدد بتعدد الصفات، فمن حلف بالسميع العليم الحكيم كان عليه ثلاث كفارات عنده. وقال قوم إن أراد الكلام الأول وجاء بذلك على أنه قول واحد فكفارة واحدة إذا كانت يمينا واحدة. والسبب في اختلافهم هل المراعاة الوحدة أو الكثرة في اليمين هي راجعة إلى صيغة القول أو إلى تعدد الأشياء التي يشتمل عليها القول الذي مخرجه مخرج يمين واحدة، فمن اعتبر الصيغة قال كفارة واحدة، ومن اعتبر عدد ما تضمنته صيغة القول من الأشياء التي يمكن أن يقسم بكل واحد منها على الانفراد قال الكفارة تتعدد بتعددها. وهذا القدر كاف في قواعد هذا الكتاب وسبب الخلاف في ذلك، والله الموفق للصواب.

كتاب النذور

وهذا الكتاب فيه ثلاثة فصول: الفصل الأول في أصناف النذور. والفصل الثاني فيما يلزم من النذور وما لا يلزم، وفي جملة أحكامها. الفصل الثالث في معرفة الشيء الذي يلزم عنه وأحكامه.

الفصل الأول

والنذور أولا تنقسم قسمين: قسم من جهة اللفظ، وقسم من جهة الأشياء التي تنذر. فأما من جهة اللفظ فإنه ضربان: مطلق وهو المخرج مخرج الخبر، ومقيد وهو المخرج مخرج الشرط. والمطلق على ضربين: مصرح فيه بالشيء المنذور به، وغير مصرح. فالأول مثل قول القائل لله علي نذر أن أحج، والثاني مثل قوله علي نذر، دون أن يصرح بمخرج النذور. وهذا الذي صرح فيه بلفظ النذور، وربما لم يصرح فيه مثل أن يقول لله علي أن أحج. وأما المقيد المخرج مخرج الشرط فيقول القائل إن كان كذا وكذا فلله علي نذر كذا، وأن أفعل كذا، وهذا ربما

علقه بفعل من افعال الله مثل ان يقول ان شفى الله مريضي فعلي نذر كذا وكذا
وربما علقه بفعل نفسه مثل ان يقول ان فعلت كذا وكذا فعلي كذا وكذا
نذرا وهذا الضرب يسميه الفقهاء ايمانا وقد تقدم من قولنا انها ليست
بايمان فهذه هي اصناف النذر من جهة الصيغ واما اصنافه من جهة
الاشياء المنذورة فانها تنقسم الى اربعة اقسام نذر باشياء من
جهة القرب ونذر باشياء من جهة المعاصي ونذر باشياء من جهة
المكروهات ونذر باشياء من جهة المباحات وهذه الاربعة تنقسم
قسمين نذر بتركها ونذر بفعلها وسياتي تفصيله

الفصل الثاني

واما ما يلزم من هذه النذور وما لا يلزم فانهم اتفقوا على لزوم النذر المطلق
لا المجوز وانما اتفقوا على لزوم النذر المقيد اذا كان على وجه الرضا لا على وجه
اللجاج وصرح فيه بلفظ النذر لا اذا لم يصرح وسواء كان النذر مصرحا فيه
بالشيء المنذور او كان غير مصرح وكذلك اجمعوا على لزوم النذر الذي مخرجه
مخرج الشرط اذا كان نذرا بقربة وانما صاروا لوجوب النذر لعموم
قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اوفوا بالعقود ولان الله تعالى قد مدح به فقال
يوفون بالنذر واخبر بوقوع العقاب بنكثه فقال ومنهم من عاهد الله
لئن اتانا من فضله الاية الى قوله بما كانوا يكذبون والسبب في اختلافهم
في التصريح بلفظ النذر في النذر المطلق هو اختلافهم في هل يجب النذر بالنية
واللفظ معا او بالنية فقط فمن قال بهما معا قال اذا قال لله علي
كذا وكذا ولم يقل نذرا لم يلزمه شيء لانه اخبار بوجوب شيء لم يوجبه الله
عليه الا ان يصرح بجهة الوجوب ومن قال ليس من شرطه اللفظ قال ينعقد
اللفظ وان لم يصرح بلفظه وهو مذهب مالك اعني انه اذا لم يصرح بلفظ
النذر انه يلزم من القول غير محتمل اذا كان المقصود بالالفاظ التي مخرجها
مخرج النذر وان لم يصرح فيها بلفظ النذر وهذا مذهب الجمهور والاول مذهب
سعيد بن المسيب ويشبه ان يكون من لم ير لزوم النذر المطلق انما

انما فعل ذلك من قبل انه حمل الامر بالوفاء على الندب وكذلك من اشترط فيه
الرضا فانما اشترطه لان القربة انما تكون على جهة الرضا لا على جهة اللجاج وهو 56
مذهب الشافعي واما مالك فالنذر عنده لازم على اي جهة وقع فهذا ما
اختلفوا في لزومه من جهة اللفظ واما ما اختلفوا في لزومه من جهة الاشياء
المنذورة فربما ان فيه من مسائل الاصول مسالتين

المسالة الاولى

اختلفوا فيمن نذر معصية فقال مالك والشافعي وجمهور العلماء ليس يلزمه
في ذلك شيء وقال ابو حنيفة وسفيان والكوفيون بل هو لازم واللازم عندهم
فيه هو كفارة يمين لا فعل المعصية وسبب اختلافهم تعارض ظواهر
الاثار في هذا الباب وذلك انه روي فيه حديثان احدهما حديث عائشة
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من نذر ان يطيع الله فليطعه ومن نذر ان
يعصي الله فلا يعصه فظاهر هذا انه لا يلزم النذر بالعصيان والحديث الثاني
حديث عمران بن حصين وحديث ابي هريرة الثابت عن النبي صلى الله عليه
وسلم انه قال لا نذر في معصية الله وكفارته كفارة يمين وهذا نص في معنى
اللزوم فمن جمع بينهما في هذا قال الحديث الاول تضمن الاعلام بان المعصية
لا تلزم وهذا الثاني تضمن لزوم الكفارة ومن رجح ظاهر حديث عائشة اذ لم
يصح عنده حديث عمران بن حصين وابي هريرة قال ليس يلزم في المعصية شيء
قال ابو عمر بن عبد البر ضعف اهل الحديث حديث عمران بن حصين وابي هريرة فقالوا
لان حديث ابي هريرة يدور على سليمان بن ارقم وهو متروك الحديث وحديث
عمران بن حصين يدور على زهير بن محمد عن ابيه وابوه مجهول لم يرو عنه غير
ابنه وزهير عنده مناكير ولكنه خرجه مسلم من حديث عقبة بن عامر
وقد جرت عادة المالكية ان يحتجوا لمالك في هذه المسالة بما روي ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم راى رجلا قائما في الشمس فقال ما بال هذا فقالوا
نذر ان لا يتكلم ولا يستظل ولا يجلس ويصوم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
مروه فليتكلم وليجلس وليتم صيامه قالوا فامره ان يتم ما كان لله طاعة ويترك

مالك أن له معصية، وليس بالظاهر أن ما ترك معصية، وقد أخبر الله تعالى أنه نذر
مريم، ولذلك يشبه أن يكون القائل للمشهور ليس بمعصية إلا ما يتعلق بترك
من رغب التقشف، وإن قيل فيه معصية فبالقياس لا بالنص، والأصل فيه أنه من جهة
المباحات. **المسألة الثانية**: واختلفوا فيمن حرم على نفسه
شيئا من المباحات، فقال مالك: لا يلزم ما عدا الزوجة. وقال أهل الظاهر: ليس
في ذلك شيء. وقال أبو حنيفة: في ذلك كفارة. والسبب في اختلافهم معارضة
مفهوم النطق الظاهر في قوله تعالى: يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك، الآية.
وذلك أن النذر ليس هو اعتقاد خلاف الحكم الشرعي، أعني من تحريم محلل
أو تحليل محرم، وذلك أن التصرف في هذا إنما هو للشارع، فوجب لمكان هذا
المفهوم أن من حرم على نفسه شيئا أباحه له الشرع أنه لا يلزمه، كما لا
يلزم إن نذر شيئا حرمه الشرع، وظاهر قوله تعالى: قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم
إثر عتبه على التحريم يوجب أن تكون الكفارة تحل هذا العقد، وإذا
كان ذلك كذلك فهو يمين لازم. والقول الأول أولى، وتكون الكفارة المذكورة
في الآية إنما كانت لعقد اليمين، وقد اختلف في الشيء الذي نزلت فيه الآية،
وفي كتاب مسلم أن ذلك كان في شربة عسلا، وفيه أن ابن عباس قال: إذا حرم الرجل
عليه امرأته فهي يمين يكفرها، ولقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة.

الفصل الثالث

وأما اختلافهم فيما يلزم من نذر
نذرا من النذور وأحكام ذلك، فإن فيه اختلافا كثيرا، لكن نشير من ذلك إلى
مشهورات المسائل في ذلك، وهي التي تتعلق أكثر ذلك بالنطق الشرعي
على عادتنا في هذا الكتاب، وفي ذلك مسائل خمسة. **المسألة الأولى**:
اختلفوا في الواجب في النذر المطلق الذي ليس يعين الناذر فيه شيئا سوى أن يقول
لله علي نذر، فقال كثير من العلماء: في ذلك كفارة يمين لا غير. وقال قوم:
بل فيه كفارة الظهار. وقال قوم: أقل ما ينطلق عليه الاسم من القرب، صيام
يوم أو صلاة ركعتين. وإنما صار الجمهور لوجوب كفارة يمين فيه للثابت

من حديث عقبة بن عامر أنه عليه السلام قال: كفارة النذر كفارة يمين، 58
خرجه مسلم. وأما من قال صيام يوم أو صلاة ركعتين فإنما ذهب مذهب
من يرى أن المجزئ أقل ما ينطلق عليه الاسم، وصلاة ركعتين أو صيام يوم أقل ما
ينطلق عليه اسم النذر. وأما من قال فيه كفارة الظهار فخارج عن القياس
والسماع. **المسألة الثانية**: اتفقوا على لزوم النذر بالمشي
إلى بيت الله، أعني إذا نذر المشي راجلا. واختلفوا إذا عجز في بعض الطريق
ماذا عليه على ثلاثة أقوال: فذهب أهل المدينة إلى أن عليه أن يمشي مرة أخرى
من حيث عجز، وإن شاء ركب وأجزأه وعليه دم، وهذا مروي عن علي. وقال أهل مكة:
عليه هدي دون إعادة المشي. وقال مالك: عليه الأمران جميعا، يعني أنه
يرجع فيمشي من حيث ركب وعليه هدي، والهدي عنده بدنة أو بقرة أو شاة
إن لم يجد بدنة أو بقرة. وسبب اختلافهم منازعة الأصول لهذه المسألة ومخالفة
الأثر لها، وذلك أن من شبه العاجز إذا مشى مرة ثانية بالمتمتع
والقارن من أجل أن القارن فعل ما كان عليه في سفرين في سفر واحد، وهذا
فعل ما كان عليه في سفر واحد في سفرين، قال: يجب عليه هدي القارن والمتمتع،
ومن شبهه بسائر الأفعال التي تنوب عنها في الحج إراقة الدم قال: عليه دم، ومن
أخذ بالآثار الواردة في هذا الباب قال: إذا عجز فلا شيء عليه. قال أبو عمر:
والسنن الثابتة في هذا الباب دليل على طرح المشقة، وهو كما قال، والواحد هد
حديث عقبة بن عامر الجهني قال: نذرت أختي أن تمشي إلى بيت الله عز وجل،
فأمرتني أن أستفتي لها رسول الله صلى الله عليه وسلم، فاستفتيت لها
النبي عليه السلام فقال: لتمش ولتركب. خرجه مسلم. وحديث أنس بن مالك
أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلا يهادى بين ابنيه فسأل عليه،
فقالوا: نذر أن يمشي، فقال عليه السلام: إن الله لغني عن تعذيب هذا نفسه،
وأمره أن يركب. وهذا أيضا ثابت. **المسألة الثالثة**: واختلفوا بعد اتفاقهم
على لزوم المشي في حج أو عمرة فيمن نذر المشي إلى مسجد النبي عليه

السلام أو إلى بيت المقدس يريد بذلك الصلاة فيهما فقال مالك والشافعي
يلزمه المشي وقال أبو حنيفة لا يلزمه شيء وحيث صلى أجزأه وكذلك
عنده إن نذر الصلاة في المسجد الحرام إنما وجب عنده المشي بالنذر إلى
المسجد الحرام لمكان الحج والعمرة. وقال أبو يوسف صاحبه من نذر أن يصلي
في بيت المقدس أو مسجد النبي عليه السلام لزمه وإن صلى في البيت الحرام
أجزأه عن ذلك. وأكثر الناس على أن النذر لما سوى هذه المساجد الثلاثة
لا يلزم لقوله صلى الله عليه وسلم لا تشد المطي إلا لثلاث فذكر
المسجد الحرام ومسجده وبيت المقدس. وذهب بعض الناس إلى أن النذر إلى
المساجد التي يرجى فيها فضل زائد واجب واحتج في ذلك بفتوى ابن عباس
للمرأة التي نذرت أن تمشي إلى مسجد قبا فماتت أن يمشي عنها ولدها
وسبب اختلافهم في النذر إلى ما عدا المسجد الحرام اختلافهم في المعنى
الذي تشد من أجله المطي إلى هذه الثلاثة المساجد هل ذلك لموضع صلاة الفرض أعني
فيما عدا البيت الحرام أو لموضع صلاة النفل فمن قال لموضع صلاة الفرض وكان
الفرض عنده لا ينذر إذ كان واجبا بالشرع قال النذر بالمشي إلى هذين
المسجدين غير لازم ومن كان عنده أن النذر قد يكون في الواجب أو أنه أيضا
قد يقصد هذان المسجدان لموضع صلاة النفل لقوله صلى الله عليه وسلم
صلاة في مسجدي هذا أفضل من ألف صلاة فيما سواه إلا المسجد الحرام
واسم الصلاة يشتمل الفرض والنفل قال هذا واجب. فأما أبو حنيفة فحمل
هذا الحديث على الفرض مصيرا إلى الجمع بينه وبين قوله عليه السلام صلاة
أحدكم في بيته أفضل من صلاته في مسجدي هذا إلا المكتوبة وإلا وقع التضاد
بين هذين الحديثين. وهذه المسئلة هي من أن تكون من الباب الثاني أحق
من أن تكون من هذا الباب.

المسئلة الرابعة

واختلفوا في الواجب على من نذر أن ينحر ابنه في مقام إبراهيم فقال مالك ينحر جزورا فداء له وقال
أبو حنيفة ينحر شاة وهو أيضا مروي عن ابن عباس وقال بعضهم بل ينحر مائة من

من الإبل وقال بعضهم يهدي ديته وروي ذلك عن علي وقال بعضهم يحج به
وبه قال الليث وقال أبو يوسف والشافعي لا شيء عليه لأنه نذر معصية. وسبب
اختلافهم قصة إبراهيم عليه السلام أعني هل ما تقرب به إبراهيم هو لازم
للمسلمين أم ليس بلازم فمن رأى أن ذلك شرع خص به إبراهيم قال لا يلزم
النذر ومن رأى أنه لازم لنا قال النذر لازم. والخلاف هل يلزمنا شرع من
قبلنا مشهور ولكن يتطرق إلى هذا خلاف آخر وهو أن الظاهر من هذا الفعل
أنه كان خاصا بإبراهيم ولم يكن شرعا لأهل زمانه وعلى هذا فليس ينبغي أن
يختلف هل هو شرع لنا أم ليس بشرع. والذين قالوا إنه شرع إنما اختلفوا
في الواجب في ذلك من قبل اختلافهم في القياس هل يحمل الواجب في ذلك على الوا
جب على إبراهيم أم يحمل على غير ذلك من القرب الإسلامية وذلك إما صدقة
بديته وإما حج به وإما هدي بدنة. والذين قالوا الواجب مائة من الإبل إنما ذهبوا إلى
حديث عبد المطلب.

المسئلة الخامسة

واتفقوا على أن من
نذر أن يجعل ماله كله في سبيل الله أو في سبيل البر أنه يلزمه وأنه ليس ترجع
الكفارة وذلك إذا كان نذرا على جهة الخير لا على جهة الشرط وهذا الذي يسمونه
يمينا. واختلفوا فيمن نذر ذلك على جهة الشرط مثل أن يقول مالي للمساكين
إن فعلت كذا ففعله فقال قوم ذلك لازم كالنذر على جهة الخير ولا كفارة فيه
وهو مذهب مالك في النذور التي صيغتها هذه الصيغة أعني أنه لا كفارة فيها
وقال قوم الواجب في ذلك كفارة يمين فقط وهو مذهب الشافعي في النذر
الذي يخرج مخرج الشرط لأنه ألحقه بحكم الأيمان وأما مالك فألحقه بحكم
النذور على ما تقدم من قولنا في كتاب الأيمان. والذين اعتقدوا وجوب
إخراج ماله في الموضع الذي اعتقدوا اختلفوا في الواجب عليه فقال مالك
يخرج ثلث ماله فقط وقال قوم بل يجب عليه إخراج جميع ماله وبه قال
إبراهيم النخعي وزفر وقال أبو حنيفة يخرج جميع الأموال التي تجب الزكاة
فيها وقال بعضهم إن أخرج مثل زكاة ماله أجزأه. وفي المسئلة قول خامس

وهو إن كان المال كثيرا أخرج خمسه وإن كان وسطا أخرج سبعه وإن كان يسيرا أخرج عشره وحد هؤلاء الكثير بألفين والوسط بألف والقليل بخمسمائة وذلك مروي عن قتادة . والسبب في اختلافهم في هذه المسألة أعني من قال المال كله أو ثلثه معارضة الأصل في هذا الباب للأثر وذلك ما جاء في حديث أبي لبابة بن عبد المنذر حين تاب الله عليه وأراد أن يتصدق بجميع ماله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يجزيك من ذلك الثلث هو نص في مذهب مالك . وأما الأصل فيوجب أن اللازم له إنما هو جميع ماله حملا على سائر النذر أعني أنه يجب الوفاء به على الوجه الذي قصده لكن الواجب هو استثناء هذه المسألة من هذه القاعدة إذ قد استثناها النص إلا أن مالكا لم يلزم في هذه المسألة أصله وذلك أنه قال إن حلف أو نذر شيئا معينا لزمه وإن كان كل ماله وكذلك يلزمه إن عين جزءا من ماله وهو أكثر من الثلث وهذا مخالف لنص ما رواه في حديث أبي لبابة وفي قوله صلى الله عليه وسلم للذي جاءه ببيضة من ذهب فقال أصبت هذه من معدن فخذها فهي صدقة ما أملك غيرها فأعرض عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم جاءه عن يمينه ثم جاءه عن يساره ثم من خلفه فأخذها رسول الله صلى الله عليه وسلم وحذفه بها فلو أصابه لأوجعه فقال عليه السلام يأتي أحدكم بما يملك فيقول هذه صدقة ثم يقعد يتكفف الناس خير الصدقة ما كان على ظهر غنى وهذا نص في أنه لا يلزم المال المعين إذا تصدق به وكان جميع ماله ولعل مالكا لم يصح عنده هذا الأثر وأما سائر الأقوال التي قيلت في هذه المسألة فضعاف وبخاصة من حد في ذلك غير الثلث وهذا القدر كاف في أصول هذا الكتاب

جزءا

كتاب الضحايا

وهذا الكتاب في أصوله أربعة أبواب . الباب الأول في حكم الضحايا ومن

69

المخاطب بها . الباب الثاني في أنواع الضحايا وأسنانها وصفاتها وعددها . الباب الثالث في أحكام الذبح . الباب الرابع في أحكام لحوم الضحايا

الباب الأول

اختلف العلماء في الأضحية هل هي واجبة أم سنة . فذهب مالك والشافعي إلى أنها من السنن المؤكدة ورخص مالك للحاج في تركها بمنى ولم يفرق الشافعي في ذلك بين الحاج وغيره . وقال أبو حنيفة الضحية واجبة على المقيمين في الأمصار الموسرين ولا تجب على المسافرين وخالفه صاحباه أبو يوسف ومحمد فقالا إنها ليست بواجبة . وروي عن مالك مثل قول أبي حنيفة . وسبب اختلافهم شيئان أحدهما هل فعله عليه السلام محمول على الوجوب أم على الندب وذلك أنه لم يترك صلى الله عليه وسلم الضحية قط فيما روي عنه حتى في السفر على ما جاء في حديث ثوبان قال ذبح رسول الله صلى الله عليه وسلم أضحيته ثم قال يا ثوبان أصلح لحم هذه الأضحية قال فلم أزل أطعمه منها حتى قدم المدينة . والسبب الثاني اختلافهم في مفهوم الأحاديث الواردة في أحكام الضحايا وذلك أنه ثبت عنه عليه السلام من حديث أم سلمة أنه قال إذا دخل العشر فأراد أحدكم أن يضحي فلا يأخذ من شعره شيئا ولا من أظفاره . قالوا فقوله إذا أراد أحدكم أن يضحي فيه دليل على أن الضحية ليست بواجبة ولما أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا بردة بإعادة الضحية إذ ذبح قبل الصلاة فهم قوم من ذلك الوجوب ومذهب ابن عباس أن لا وجوب قال عكرمة بعثني ابن عباس بدرهمين أشتري بهما لحما وقال من لقيت فقل له هذه أضحية ابن عباس . وروي عن بلال أنه ضحى بديك وكل حديث ليس بوارد في الغرض الذي يحتج فيه به فالاحتجاج به ضعيف . واختلفوا هل يلزم الذي يريد التضحية أن لا يأخذ في العشر الأول من شعره وأظفاره والحديث بذلك ثابت .

الباب الثاني

في هذا الباب أربع مسائل مشهورة . إحداها في تمييز الجنس . الثانية في تمييز

الصفات . الثالثة في معرفة السن . الرابعة في العدد .

المسألة الاولى : اجمع العلما على جواز الضحايا من جميع بهيمة
الانعام . واختلفوا في الافضل من ذلك فذهب مالك الى ان الافضل في الضحايا
الكباش ثم البقر ثم الابل بعكس الامر عنده في الهدايا . وقد قيل عنه
الابل ثم البقر وذهب الشافعي الى عكس ما ذهب اليه مالك في الضحايا
الابل ثم البقر ثم الكباش وبه قال اشهب وابن شعبان . وسبب اختلافهم
معارضة القياس وذلك انه لم يرو عنه عليه السلام انه ضحى الا بكبش
فكان ذلك دليلا على ان الكباش في الضحايا افضل وذلك فيما ذكر بعض الناس
وفي البخاري عن ابن عمر ما يدل على خلاف ذلك وهو انه قال كان عليه السلام
يذبح وينحر بالمصلى . واما القياس فلان الضحايا قربة بحيوان فوجب ان
يكون الافضل فيها الافضل في الهدايا وقد احتج الشافعي بعموم قوله عليه
السلام من راح في الساعة الاولى فكانما قرب بدنة ومن راح في الساعة
الثانية فكانما قرب بقرة ومن راح في الثالثة فكانما قرب كبشا الحديث
فكان الواجب حمل هذا على جميع القرب بالحيوان . واما مالك فحمله على الهدايا
فقط لئلا يعارض القول الفعل وهو الاولى . وقد يمكن ان يكون الاختلاف بسبب
سبب آخر وهو هل الذبح العظيم الذي فدي به ابراهيم سنة باقية وانها
الاضحية وان ذلك معنى قوله وتركنا عليه في الآخرين . فمن ذهب الى
هذا قال الكباش افضل ومن لم ير ان ذلك ليثبت سنة باقية لم يكن عنده
دليل على ان الكباش افضل مع انه قد ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
ضحى بالامرين واذا كان ذلك كذلك فالواجب المصير الى قول الشافعي
وكلهم مجمعون على انه لا تجوز الضحية بغير بهيمة الانعام الا ما حكي
عن الحسن بن صالح انه تجوز الضحية ببقرة الوحش عن سبعة والظبي عن
واحد . **المسألة الثانية** : اجمع العلما على اجتناب العرجا
البين عرجها في الضحايا والمريضة البين مرضها والعجفا التي لا تنقي

مصير الحديث البراء بن عازب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل ماذا
يتقى من الضحايا فاشار بيده وقال اربع وكان البراء بن عازب يشير بيده
ويقول يدي اقصر من يد رسول الله صلى الله عليه وسلم العرجا البين عرجها
والعورا البين عورها والمريضة البين مرضها والعجفا التي لا تنقي وكذلك
اجمعوا على ان ما كان من هذه الاربع خفيفا فلا تاثير له في منع الاجزاء .
واختلفوا في موضعين احدهما فيما كان من العيوب اشد من هذه المنصوص
عليها مثل العمى وقطع الساق . والثاني فيما كان مساويا لها في
الافادة للنقص وشبيها بها [illegible] مما كان من العيوب في الاذن والعين
والذنب والضرس وغير ذلك من الاعضاء ولم يكن يسيرا . فاما الموضع الاول
فان الجمهور على ان ما كان اشد من هذه العيوب المنصوص عليها فهي
احرى ان تمنع الاجزاء . وذهب اهل الظاهر الى انه لا تمنع الاجزاء ولا
يجتنب بالجملة اكثر من هذه العيوب التي وقع النص عليها . وسبب
اختلافهم هل هذا اللفظ الوارد هو خاص اريد به الخصوص او خاص اريد
به العموم فمن قال انه خاص اريد به الخصوص ولذلك اخبر بالعدد قال لا يمنع
الاجزاء الا هذه الاربعة فقط . ومن قال هو خاص اريد به العموم وذلك من
النوع الذي يقع فيه التنبيه بالادنى على الاعلى قال ما هو اشد من
المنصوص عليها فهو احرى الا يجزي . واما الموضع الثاني اعني
ما كان من العيوب في سائر الاعضاء مفيدا للنقص على نحو افادة هذه العيوب
المنصوص عليها فانهم اختلفوا في ذلك على ثلاثة اقوال احدها انه لا يمنع الا
جزا وان كان يستحب اجتنابها وبه قال ابن القصار وابن الجلاب وجماعة
البغداديين من اصحاب مالك . والقول الثاني انها تمنع الاجزا كمنع المنصوص
عليها وهو المشهور من مذهب مالك في الكتب المشهورة . والقول الثالث
انها لا تمنع الاجزا كمنع المنصوص عليها ولا يستحب تجنبها وهو قول
اهل الظاهر . وسبب اختلافهم شيئان احدهما اختلافهم في مفهوم

الحديث المتقدم والثاني تعارض الاثار في هذا الباب . اما الحديث المتقدم فمن راه من باب الخاص اريد به الخاص قال لا يمنع ما سوى الاربع مما هو مثلها او اكثر منها . ومن راه من باب الخاص اريد به العام وهم الفقها فمن كان عنده انه من باب التنبيه بالادنى على الاعلى فقط لا من باب التنبيه بالمساوي على المساوي قال يلحق بهذه الاربع ما كان اشد منها ولا يلحق بها ما كان مساويا لها في منع الاجزا الا على وجه الاستحباب ومن كان عنده انه من باب التنبيه على الامرين جميعا اعني على ما هو اشد من المنطوق به او مساو له قال تمنع العيوب الشبيهة بالعيوب المنصو ص

عليها الاجزا كما تمنعه العيوب التي هي اكثر منها فهذا هو احد اسباب الخلاف في هذه المسالة وهو من قبل تردد اللفظ بين ان يفهم منه المعنى الخاص او المعنى العام ثم ان فهم منه العام فاي العام هو هل العام الذي هو اكثر من ذلك او الذي هو اقل او المساوي معا على المشهور من مذهب ملك . واما السبب الثاني فانه ورد في هذا الباب من الاحاديث الحسان حديثان متعارضان فذكر النسائي عن ابي بردة انه قال يا رسول الله اكره النقص يكون في القرن والاذن فقال النبي صلى الله عليه وسلم ما كرهته فدعه ولا تحرمه على غيرك . وذكر عن علي ابن ابي طالب انه قال امرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان نستشرف العين والاذن ولا نضحي بمقابلة ولا مدابرة ولا بترا ولا شرقا والشرقا المشقوقة الاذن والخرقا المثقوبة الاذن والمدابرة التي قطع من جنبتي اذنها من خلف . فمن رجح حديث ابي بردة قال لا يتقي الا العيوب الاربع او ما هو اشد منها . ومن جمع بين الحديثين بان حمل حديث ابي بردة على اليسير الذي هو غير بين وحديث علي على الكثير الذي هو بين الحق بالمنصوص عليها ما هو مساو لها ولذلك جرا اصحاب هذا المذهب الى التحديد فيما يمنع الاجزا ما يذهب من هذه الاعضا

الاعضا باعتبر بعضهم ذهاب الثلث من الاذن والذنب وبعضهم اعتبر الاكثر وكذلك الامر في ذهاب الاسنان واطباء الثدي . واما القرن فان ملكا قال ليس ذهاب جزء منه عيب الا ان يكون يدمي فانه عنده من باب المرض ولا خلاف في ان المرض البين يمنع الاجزا . وخرج ابو داود ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن اعضب الاذن والقرن . واختلفوا في الصكا وهي التي خلقت بلا اذنين فذهب ملك والشافعي الى انها لا تجوز وذهب ابو حنيفة الى انه اذا كان خلقة جاز كالاجم . ولم يختلف الجمهور ان قطع الاذن كله او اكثره عيب . وكل هذا الاختلاف راجع الى ما قدمناه . واختلفوا في الابتر فقوم اجازوه لحديث جابر الجعفي عن محمد بن قرظة عن ابي سعيد الخدري انه قال اشتريت كبشا لاضحي به فاكل الذيب ذنبه فسالت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ضح به وجابر عند اكثر المحدثين لا يحتج به وقوم ايضا منعوه لحديث علي المتقدم .

واما المسالة الثالثة

وهي معرفة السن المشترطة في الضحايا فانهم اجمعوا على انه لا يجوز الجذع من المعز بل الثني فما فوقه لقوله عليه السلام لابي بردة لما امره بالاعادة تجزيك ولا تجزي عن احد غيرك . واختلفوا في الجذع من الضان فالجمهور على جوازه وقال قوم بل الثني من الضان . وسبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص فالخصوص هو حديث جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تذبحوا الا مسنة الا ان يعسر عليكم فتذبحوا جذعة من الضان خرجه مسلم تعسر ح والعموم هو ما جا في حديث ابي بردة بن نيار من قوله عليه السلام ولا تجزي عن احد بعدك فمن رجح هذا العموم على الخصوص وهو مذهب ابي محمد بن حزم في هذه المسالة فانه زعم ان ابا الزبير مدلس عند المحدثين والمدلس عندهم من ليس يحتج به في العنعنة من قوله مجرى المسند لقلة صحة الحديث ذلك ح وحديث ابي بردة لا مطعن فيه . واما من ذهب الى بنا الخاص على العام على ما هو عند الاصوليين فانه استثنى من ذلك العموم جذع الضان المنصوص

عليه وهو الاولى . وقد صحح هذا الحديث طاهر بن مغوز وخطا ابا محمد بن حزم
فيما نسب الى ابي الزبير في غالب ظني في قوله رد فيه على ابن حزم . .

. وأما المسألة الرابعة . وهي عدد ما يجزي من الضحايا عن المضحين
فإنهم اختلفوا في ذلك فقال مالك يجوز أن يذبح الرجل الكبش او البقرة او البدنة
مضحيا عن نفسه وعن اهل بيته الذين تلزمه نفقتهم بالشرع وكذلك عنده
الهدايا . وأجاز الشافعي وابو حنيفة وجماعة أن ينحر الرجل البدنة عن سبع
وكذلك البقرة مضحيا او مهديا . وأجمعوا على أن الكبش لا يجزي الا عن واحد
الا ما رواه مالك من انه يجزي أن يذبحه الرجل عن نفسه وعن اهل بيته لا على
جهة الشركة بل إذا اشتراه مفردا وذلك لما روي عن عائشة أنها قالت
كنا بمنى فدخل علينا بلحم بقر فقلنا ما هذا فقالوا ضحى رسول الله صلى الله
عليه وسلم عن أزواجه وخالفه في ذلك ابو حنيفة والثوري على وجه
الكراهية لا على وجه عدم الاجزاء . وسبب اختلافهم معارضة الأصل
في ذلك للقياس المبني على الأثر الوارد في الهدايا وذلك أن الأصل
هو الا يجزي الا واحد عن واحد ولذلك اتفقوا على منع الاشتراك في الضأن
وإنما قلنا إن الأصل هو ألا يجزي إلا واحد عن واحد
لأن الأمر بالأضحية لا يتبعض إذ كان من كان
له شرك في ضحية ليس ينطلق عليه اسم مضح الا ان قام الدليل الشرعي
على ذلك . وأما الأثر الذي انبنى عليه القياس المعارض لهذا الأصل فما
روي عن جابر أنه قال نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الحد
يبية البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة . وفي بعض روايات الحديث
سن رسول الله صلى الله عليه وسلم البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة
فقاس الشافعي وابو حنيفة الضحايا في ذلك على الهدايا المتقدمة . وأما مالك
فرجح الأصل على القياس على هذا الأثر لأنه اعتل لحديث جابر بأن ذلك كان
حين صد المشركون رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البيت وهدي المحصر
بعدو ليس هو عنده واجبا وإنما هو تطوع وهدي التطوع عنده يجوز فيه
الاشتراك ولا يجوز في الهدي الواجب لكن على القول بأن الضحايا ليست

ليست بواجبة فقد يمكن قياسها سيما على هذا المذهب . وروى عنه ابن القاسم
أنه لا يجوز الاشتراك لا في هدي تطوع ولا وجوب وهذا كأنه رد للحديث
لمكان مخالفته الأصل في ذلك . وأجمعوا على أنه لا يجوز أن يشترك في النسك
أكثر من سبعة وإن كان روي من حديث رافع بن خديج ومن طريق ابن عباس وغيره
البدنة عن عشرة . قال الطحاوي وإجماعهم على أنه لا يجوز أن يشترك
في النسك أكثر من سبعة دليل على أن الآثار في ذلك غير صحيحة وإنما صار
مالك لجواز تشريك الرجل أهل بيته في أضحيته وهديه لما رواه عن ابن شهاب
أنه قال ما نحر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أهل بيته الا بدنة واحدة او
بقرة واحدة . وإنما خولف مالك في الضحايا في هذا المعنى أعني في التشريك
لأن الإجماع انعقد على منع التشريك فيه في الأجانب فيجب أن يكون
الأقارب في ذلك في قياس الأجانب . وأما تفرقة مالك في ذلك بين الأجانب
والأقارب فقياسه الضحايا على الهدايا في الحديث الذي احتج به أعني حديث
ابن شهاب . فاختلافهم في هذه المسألة راجع الى تعارض الأقيسة في
هذا الباب أعني إلحاق الأقارب بالأجانب أو قياس الضحايا على الهدايا
.

الباب الثالث .

. .

ويتعلق بالزمان المختص بالضحايا النظر في الوقت والذبح . أما الوقت
فإنهم اختلفوا فيه في ثلاثة مواضع في ابتدائه وانتهائه وفي الليالي المتخللة
له . أما في ابتدائه فإنهم اتفقوا على أن الذبح قبل الصلاة لا يجوز لثبوت قوله
عليه السلام من ذبح قبل الصلاة فإنما هي شاة لحم وأمره بالإعادة لمن ذبح
قبل الصلاة وقوله أول ما نبدأ به في يومنا هذا أن نصلي ثم ننحر الى غير ذلك
من الآثار الثابتة في هذا المعنى . واختلفوا فيمن ذبح قبل ذبح الإمام
وبعد الصلاة فذهب مالك الى أنه لا يجوز لأحد ذبح أضحيته قبل ذبح الإمام وقال
أبو حنيفة والثوري يجوز الذبح بعد الصلاة وقبل الإمام . وسبب
اختلافهم اختلاف الآثار في هذا الباب وذلك أنه جاء في بعضها

يسئلونك ماذا ينفقون قل ما انفقتم من خير او من مال ثم نسخها الله تعالى باية الزكاة

ان النبي عليه السلام امر ان يعيد الذبح لمن ذبح قبل الصلاة وفي بعضها انه امر لمن ذبح قبل ذبحه ان يعيد. فمن جعل ذلك موطنين اشترط ذبح الامام في جواز الذبح. ومن جعل ذلك موطنا واحدا قال انما يعتبر في اجزاء الذبح الصلاة فقط. وعند اختلفت الرواية في حديث ابي بردة بن نيار وذلك ان في بعض رواياته انه ذبح قبل الصلاة فامره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يعيد الذبح وفي بعضها انه ذبح قبل رسول الله صلى الله عليه وسلم فامره بالاعادة واذا كان ذلك كذلك فيحمل قول الراوي انه ذبح قبل رسول الله صلى الله عليه وسلم وقول الاخر قبل الصلاة على موطن واحد اولا وذلك ان من ذبح قبل الصلاة فقد ذبح قبل رسول الله صلى الله عليه وسلم فيجب ان يكون المؤثر في عدم الاجزاء انما هو الذبح قبل الصلاة كما جاء في الاثار الثابتة في ذلك من حديث انس وغيره ان من ذبح قبل الصلاة فليعد وذلك ان تأصيل هذا الحكم منه صلى الله عليه وسلم يدل بمفهوم الخطاب دلالة قوية ان الذبح بعد الصلاة يجزي لانه لو كان هنالك شرط آخر مما يتعلق به اجزاء الذبح لم يسكت عنه عليه السلام مع ان فرضه التبيين ونص حديث انس هذا قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم النحر من كان ذبح قبل الصلاة فليعد. واختلفوا من هذا الباب في فرع مسكوت عنه وهو متى يذبح من ليس له امام من اهل القرى فقال مالك يتحرون ذبح اقرب امام لهم. وقال الشافعي يتحرون قدر الصلاة والخطبة ويذبحون. وقال ابو حنيفة من ذبح من هؤلاء بعد الفجر اجزأه وقال قوم بعد طلوع الشمس وكذلك اختلف اصحاب مالك في فرع آخر وهو اذا لم يذبح الامام في المصلى فقال قوم يتحرى ذبحه بعد انصرافه وقال قوم ليس يجب ذلك.

وأما آخر زمن الذبح فان مالكا قال آخره اليوم الثالث من ايام النحر وذلك مغيب الشمس فالذبح عنده هو في الايام المعلومات يوم النحر ويومان بعده وبه قال ابو حنيفة واحمد وجماعة وقال الشافعي والاوزاعي الاضحى اربعة ايام يوم النحر وثلاثة بعده وروي

السنة قال النبي صلى الله عليه وسلم ثلاث من أصل الايمان الكف عمن قال لا اله الا الله لا تكفره بذنب ولا تخرجه من الاسلام بعمل والجهاد ماض منذ بعثني الله تعالى الى ان ... الدجال لا يبطله جور ... ولا ...

وروي عن جماعة انهم قالوا الاضحى يوم واحد وهو يوم النحر خاصة وقد قيل الذبح الى آخر يوم من ذي الحجة وهو شاذ لا دليل له وكل هذه الاقاويل مروية عن السلف. وسبب اختلافهم شيئان احدهما اختلافهم في الايام المعلومات ما هي في قوله تعالى ليشهدوا منافع لهم ويذكروا اسم الله في ايام معلومات على ما رزقهم من بهيمة الانعام فقيل يوم النحر ويومان بعده وهو المشهور وقيل العشر الاول من ذي الحجة. والسبب الثاني معارضة دليل الخطاب في هذه الاية لحديث جبير بن مطعم وذلك انه ورد فيه عنه عليه السلام انه قال كل فجاج مكة منحر وكل ايام التشريق ذبح. فمن قال في الايام المعلومات انها يوم النحر ويومان بعده في هذه الاية رجح دليل الخطاب فيها على الحديث المذكور قال لا نحر الا في هذه الايام ومن رأى الجمع بين الحديث والاية وقال لا معارضة بينهما اذ الحديث اقتضى حكما زائدا على ما في الاية مع ان الاية ليس المقصود منها تحديد ايام الذبح والحديث المقصود منه ذلك قال يجوز الذبح في اليوم الرابع اذ كان باتفاق من ايام التشريق ولا خلاف بينهم ان الايام المعدودات هي ايام التشريق وانها ثلاثة بعد يوم النحر الا ما روي عن سعيد بن جبير انه قال يوم النحر من ايام التشريق وانما اختلفوا في الايام المعلومات على القولين المتقدمين. واما من قال يوم النحر فقط فبناء على ان المعلومات هي العشر الاول قال ولما كان الاجماع قد انعقد انه لا يجوز الذبح منها الا في اليوم العاشر وهو محل الذبح المنصوص عليه فوجب ان يكون الذبح انما هو يوم النحر فقط.

واما المسألة الثالثة

وهي اختلافهم في الليالي التي تتخلل ايام النحر فذهب مالك في المشهور عنه الى انه لا يجوز الذبح في ليالي ايام النحر وذهب الشافعي وجماعة الى جواز ذلك. وسبب اختلافهم الاشتراك الذي في اسم اليوم وذلك ان مرة تطلقه العرب على اليوم والليلة مثل قوله تعالى تمتعوا في داركم ثلاثة

أيام ومرة تطلقه على الليالي دون الأيام مثل قوله تعالى سخرها عليهم سبع
ليال وثمانية أيام فمن جعل اسم اليوم بينا في الليل في قوله تعالى ويذكروا
اسم الله في أيام معلومات قال يجوز الذبح والنحر بالليل والنهار في هذه
الأيام ومن قال ليس بينا ولا اسم اليوم الليل في هذه الأيام أيضا قال لا يجوز
الذبح ولا النحر بالليل والنظر هل اسم اليوم أظهر في أحدهما من الثاني
ويشبه أن يقال إنه أظهر في النهار منه في الليل لكن إن سلمنا أن دلالته في
الآية هي على النهار فقط لم يمنع الذبح بالليل إلا بنحو ضعيف من أنحاء
دليل الخطاب وهو تعليق ضد الحكم بضد مفهوم الاسم وهذا النوع من أنواع
دليل الخطاب هو من أضعفها حتى إنهم قالوا ما قال به أحد من المتكلمين إلا
الدقاق فقط إلا أن يقول قائل إن الأصل هو الحظر في الذبح وقد ثبت جوازه
بالنهار فعلى من جوزه بالليل الدليل
وأما الذابح فإن العلماء
استحبوا أن يكون المضحي هو الذي يلي ذبح أضحيته بيده واتفقوا على
أنه يجوز أن يوكل غيره على الذبح واختلفوا هل تجوز الضحية إن ذبحها غيره
بغير إذنه فقيل لا تجوز وقيل بالفرق بين أن يكون صديقا أو ولدا أو أجنبيا
أعني أنه يجوز إن كان صديقا أو ولدا ولم يختلف المذهب فيما أحسب
أنه إن كان أجنبيا أنه لا يجوز

الباب الرابع في أحكام لحوم الضحايا

واتفقوا على أن المضحي مأمور أن يأكل من أضحيته ويتصدق لقوله تعالى فكلوا منها
وأطعموا البائس الفقير وقوله فكلوا منها وأطعموا القانع والمعتر ولقوله
صلى الله عليه وسلم في الضحايا كلوا وتصدقوا وادخروا واختلف مذهب
مالك هل يؤمر بالأكل والصدقة معا أم هو مخير بين أن يفعل أحد الأمرين
فقال مالك ليس له أن يفعل أحد الأمرين أعني أن يأكل الكل أو يتصدق بالكل وقال
ابن المواز له أن يفعل أحد الأمرين واستحب كثير من العلماء أن يقسمها
أثلاثا ثلثا للادخار وثلثا للصدقة وثلثا للأكل لقوله عليه السلام

السلام كلوا وتصدقوا وادخروا وقال عبد الوهاب في الأكل إنه ليس بوا
جب في المذهب خلافا لقوم أوجبوا ذلك وأظن أهل الظاهر يوجبون تجزئة
لحم الضحايا إلى الثلاثة الأقسام التي تضمنها الحديث والعلماء متفقون
فيما علمت أنه لا يجوز بيع لحمها واختلفوا في جلدها وشعرها وما عدا
ذلك مما ينتفع به فقال الجمهور لا يجوز بيعه وقال أبو حنيفة يجوز بيعه
بغير الدراهم والدنانير أي بالعروض وقال عطاء يجوز بكل شيء دراهم وغير ذلك
وإنما فرق أبو حنيفة بين الدراهم وغيرها لأنه رأى أن المعاوضة بالعروض
هي من باب الانتفاع لإجماعهم على أنه يجوز أن ينتفع به

كتاب الذبائح

والقول المحيط بقواعد هذا الكتاب ينحصر في أربعة أبواب الباب الأول
في معرفة محل الذبح والنحر وهو المذبوح أو المنحور الباب الثاني في معرفة
الذبح والنحر الباب الثالث في معرفة الآلة التي يكون بها الذبح والنحر
الباب الرابع في معرفة الذابح والناحر

الباب الأول

والحيوان في اشتراط الذكاة في أكله على قسمين حيوان لا يحل إلا بالذكاة
وحيوان يحل بغير ذكاة ومن هذه ما اتفقوا عليها ومنها ما اختلفوا فيها
واتفقوا على أن الحيوان الذي يعمل فيه الذبح هو الحيوان البري ذو الدم الذي
ليس بمحرم ولا منفوذ المقاتل ولا ميؤوس منه بوقذ أو نطح أو تردٍّ أو
افتراس سبع أو مرض وأن الحيوان البحري ليس يحتاج إلى ذكاة واختلفوا
في الحيوان الذي ليس بذي دم مما يجوز أكله مثل الجراد وغيره هل له
ذكاة أم لا وفي الحيوان الدمي الذي يكون تارة في البحر وتارة في البر
مثل السلحفاة وغيرها واختلفوا في تأثير الذكاة في الأصناف التي
نص عليها في آية التحريم وفي تأثير الذكاة مما لا يحل أكله أعني في تحليل
الانتفاع بجلودها وسلب النجاسة عنها فيجب في هذا الباب إذا أن

مسائل أصول ست. المسألة الأولى في تأثير الذكاة في الأصناف
الأربعة التي نص عليها في الآية إذا أدركت حية. الثانية في تأثير
الذكاة في الحيوان المحرم الأكل. الثالثة في تأثير الذكاة في المريضة.
الرابعة هل ذكاة الجنين ذكاة أمه أم لا. الخامسة هل للجراد ذكاة أم
لا. السادسة هل للحيوان الذي يأوي في البر تارة وفي البحر تارة ذكاة
أم لا. المسألة الأولى: أما الموقوذة والمتردية والنطيحة وما
أكل السبع فإنهم اتفقوا فيما أعلم أنه إذا لم يبلغ الوقذ منها إلى حالة لا يرجى
فيها الحياة أن الذكاة عاملة فيها، أعني أنه إذا غلب على الظن أنها تعيش
وذلك بألا يصاب لها مقتل. واختلفوا إذا غلب على الظن أنها تهلك من
ذلك بإصابة مقتل أو غيره، فقال قوم تعمل الذكاة فيها، وهو مذهب أبي حنيفة
والمشهور من قول الشافعي، وهو قول الزهري وابن عباس. وقال قوم
لا تعمل الذكاة فيها. وعن مالك في ذلك الوجهان، والأشهر أنها لا تعمل
في الميؤوس منها. وبعضهم تأول في المذهب أن الميؤوسة منها على ضر
بين: ميؤوسة مشكوك فيها، وميؤوسة مقطوع بموتها وهي المنفوذة
المقاتل، على اختلاف بينهم أيضا في المقاتل. قال: فأما الميؤوسة المشكوك
فيها ففي المذهب فيها روايتان مشهورتان، وأما المنفوذة المقا
تل فلا خلاف في المذهب أن الذكاة لا تعمل فيها، وإن كان يتخرج فيها
الجواز على وجه ضعيف. وسبب اختلافهم اختلافهم في قوله تعالى
إلا ما ذكيتم هل هو استثناء متصل فيخرج من الجنس بعض ما يتناوله اللفظ
وهي الموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع على عادة الاستثناء
المتصل، أو هو استثناء منقطع لا تأثير له في الجملة المتقدمة، إذ كان هذا
أيضا من شأن الاستثناء المنقطع من كلام العرب. فمن قال إنه متصل قال
الذكاة تعمل في هذه الأصناف الأربعة، ومن قال إن الاستثناء منقطع
قال لا تعمل الذكاة فيها. وقد احتج من قال إن الاستثناء متصل بإجماعهم

على أن الذكاة تعمل في المرجوة منها، قال: فهذا يدل على أن الاستثناء
له تأثير فيها فهو متصل. واحتج أيضا من رأى أنه منفصل بأن التحريم لم يتعلق
بأعيان هذه الأصناف الأربعة وهي حية، وإنما يتعلق بها بعد الموت، وإذا كان
ذلك كذلك فالاستثناء منقطع. وذلك أن معنى قوله تعالى حرمت عليكم الميتة
إنما هو لحم الميتة، وكذلك لحم الموقوذة والمتردية وسائرها، أي لحم
الميتة بهذه الأسباب سوى التي تموت من تلقاء نفسها، وهي التي
تسمى ميتة أكثر ذلك في كلام العرب أو بالحقيقة. قالوا: وإذا علم أن المقصود
لم يكن تعليق التحريم بأعيان هذه وهي حية، وإنما علق بها بعد الموت
لأن لحم الحيوان محرم في حال الحياة بدليل اشتراط الذكاة فيها، وبدليل
قوله عليه السلام: ما قطع من البهيمة وهي حية فهو ميتة، وجب أن يكون
قوله إلا ما ذكيتم استثناء منقطعا. لكن الحق في ذلك أن يكون ما كان الأمر في
الاستثناء يوجب أن تكون الذكاة تعمل فيها، وذلك أنه إن علقنا التحريم
بهذه الأصناف في الآية بعد الموت وجب أن تدخل في التذكية من جهة
ما هي حية الأصناف الأربعة وغيرها، إلا أنها ما دامت حية متساوية
لغيرها في ذلك من الحيوان، أعني أنها تقبل الحلية من قبل التذكية التي
الموت منها هو سبب الحلية. وإن قلنا إن الاستثناء متصل فلا خفاء
بوجوب ذلك. ويحتمل أن يقال إن عموم التحريم يمكن أن يفهم منه تناول الحيوان
هذه الأربعة بعد الموت وقبله كالحال في الخنزير الذي لا تعمل فيه الذكاة،
فيكون الاستثناء على هذا راجعا للتحريم، أعني أنه بالتنصيص على عمل الذكاة
فيها. وإن كان ذلك كذلك لم يلزم ما اعترض به ذلك المعترض من الاستدلال
على كون الاستثناء منفصلا. وأما من فرق بين المنفوذة المقاتل والمشكوكة
فيها فيحتمل أن يقال إن مذهبه أن الاستثناء منفصل، وأنه إنما أجاز تأثير
الذكاة في المرجوة بالإجماع، وقاس المشكوكة على المرجوة. ويحتمل
أن يقال إن الاستثناء متصل، ولكن استثنى هذا الصنف من الموقوذة بالقياس.

وذلك أن الذكاة إنما يجب أن تعمل في حي فقط إنما سبب الموت فأما إذا أنفذ
مثل أن موجب الموت الذكاة أو الوقذ أو النطح فلا يجب أن تعمل في ذلك وهذه
هي حال المنفوذة المقاتل وله أن يقول إن المنفوذة المقاتل في حكم
الميتة والذكاة من شرطها أن ترفع الحياة الثابتة لا الحياة الذاهبة
ه **المسألة الثانية** ه وأما هل تعمل الذكاة في الحيوانات المحرمة
الأكل حتى يطهر بذلك جلودها فإنهم أيضا اختلفوا في ذلك فقال مالك الذكاة
تعمل في السباع وغيرها ما عدا الخنزير وبه قال أبو حنيفة إلا أنه اختلف
المذهب في كون السباع محرمة أو مكروهة على ما سيأتي في كتاب
الأطعمة ه وقال الشافعي الذكاة تعمل في كل حيوان محرم الأكل فيجوز
بيع جميع أجزائه والانتفاع بها ما عدا اللحم ه وسبب الخلاف هل
جميع أجزاء الحيوان تابعة للحم في الحلية والحرمية أم ليست تابعة
للحم فمن قال إنها تابعة قال إذا لم تعمل الذكاة في اللحم لم تعمل فيما
سواه ه ومن رأى أنها ليست بتابعة للحم قال وإن لم تعمل في اللحم فإنها
تعمل في سائر أجزاء الحيوان لأن الأصل أنها تعمل في جميع الأجزاء فإذا
ارتفع بالدليل المحرم للحم عملها في اللحم بقي عملها في سائر الأجزاء إلا
أن يدل الدليل على ارتفاعه ه **المسألة الثالثة** ه واختلفوا في
تأثير الذكاة في الشاة التي أشرفت على الموت بعد اتفاقهم على عمل
الذكاة في التي لم تشرف على الموت فالجمهور على أن الذكاة تعمل فيها
وهو المشهور عن مالك ه وروي عنه أن الذكاة لا تعمل فيها ه وسبب الخلاف
معارضة القياس للأثر فأما الأثر فهو ما روي أن أمة لكعب بن مالك كانت ترعى
غنما بسلع فأصيبت شاة منها فأدركتها فذكتها بحجر فسئل رسول
الله صلى الله عليه وسلم فقال كلوها خرجه البخاري ومسلم ه وأما القياس
فلأن المعلوم من الذكاة أنها إنما تفعل في الحي وهذه في حكم الميت
وكل من أجاز ذبحها فإنهم اتفقوا على أنه لا تعمل الذكاة فيها إلا إذا كان

كان فيها دليل الحياة ه واختلفوا فيما هو الدليل المعتبر في ذلك فبعضهم
اعتبر الحركة وبعضهم لم يعتبرها وهو مذهب أبي هريرة و[illegible]
مذهب زيد بن ثابت وبعضهم اعتبر فيها ثلاث حركات الطرف العين وتحريك
الذنب والركض بالرجل وهو مذهب سعيد بن المسيب وزيد بن أسلم وهو
الذي اختاره محمد بن المواز وبعضهم شرط مع هذه التنفس وهو مذهب
ابن حبيب ه **المسألة الرابعة** ه واختلفوا هل تعمل ذكاة الأم
في جنينها أم ليس تعمل فيه وإنما هو ميتة أعني إذا خرج ميتا بعد ذبح
الأم فذهب جمهور العلماء إلى أن ذكاة الأم ذكاة لجنينها وبه قال مالك
والشافعي وقال أبو حنيفة إن خرج حيا ذبح وأكل وإن خرج ميتا فهو
ميتة ه والذين قالوا إن ذكاة الأم ذكاة له فبعضهم اشترط في ذلك
تمام خلقه ونبات شعره وبه قال مالك وبعضهم لم يشترط ذلك وبه قال
الشافعي ه وسبب اختلافهم اختلافهم في صحة الأثر المروي في
ذلك من حديث أبي سعيد الخدري مع مخالفته للأصول وحديث أبي سعيد
الخدري هو قال سألنا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البقرة والناقة
أو الشاة ينحرها أحدنا فيجد في بطنها جنينا أنأكله أم نلقيه فقال كلوه
إن شئتم فإن ذكاته ذكاة أمه وخرج مثله الترمذي وأبو داود عن جابر
واختلف في تصحيح هذا الأثر فلم يصححه بعضهم وصححه بعضهم وأحد من
صححه الترمذي ه وأما مخالفته الأصول في هذا الباب للأثر فهو أن الجنين إذا
كان حيا ثم مات بموت أمه فإنما يموت خنقا فهو من المنخنقة التي ورد
النص بتحريمها وإلى تحريمه ذهب أبو محمد بن حزم ولم يرض سند هذا
الحديث ه وأما اختلاف القائلين بتحليله في اشتراطهم نبات الشعر فيه
أو لا اشتراطه ه فالسبب فيه معارضة العموم للقياس وذلك أن عموم قو
له عليه السلام ذكاة الجنين ذكاة أمه يقتضي ألا يقع هنالك تفصيل وكونه
محلا للذكاة يقتضي أن تشترط فيه الحياة قياسا على الأشياء التي

تعمل فيها الذكاة والحياة فلا تؤثر فيه الذكاة اذا نبت شعره وتم خلقه ويعضد هذا القياس ان هذا الشرط مروي عن ابن عمر وعن جماعة من الصحابة. وروى معمر عن الزهري عن عبد الله بن كعب بن مالك قال كان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يقولون اذا اشعر الجنين فذكاته ذكاة امه. وروى ابن المبارك عن ابن ابي ليلى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكاة الجنين ذكاة امه اشعر او لم يشعر الا ان ابن ابي ليلى سيء الحفظ عندهم [illegible] ان تكون ذكاته في ذكاة امه من قبل انه جزء منها واذا كان ذلك كذلك فلا معنى لاشتراط الحياة فيه فيضعف ان يخصص العموم الوارد في ذلك بالقياس الذي تقدم ذكره عن اصحاب مالك.

المسألة الخامسة

واختلفوا في الجراد فقال مالك لا يؤكل من غير ذكاة وذكاته عنده هو ان يقتل اما بقطع راسه او بغير ذلك. وقال عامة الفقهاء يجوز اكل ميتته وبه قال مطرف. وذكاة ما ليس بذي دم عند مالك كذكاة الجراد. وسبب اختلافهم في ميتة الجراد هو هل يتناوله اسم الميتة ام لا في قوله تعالى حرمت عليكم الميتة والدم. وللخلاف سبب آخر وهو هل هو نثرة حوت او حيوان بري.

المسألة السادسة

واختلفوا في الذي يعيش في البر والبحر هل يحتاج الى ذكاة ام لا فغلب قوم فيه حكم البر وغلب آخرون حكم البحر واعتبر آخرون حيث يكون عيشه ومتصرفه فيما غالبا.

الباب الثاني في الذكاة

وفي قواعد هذا الباب ثلاث مسائل. المسألة الاولى في انواع الذكاة المختصة بصنف صنف من بهيمة الانعام. الثانية في صفة الذكاة. والثالثة في شروط الذكاة.

المسألة الاولى

واتفقوا على ان الذكاة في بهيمة الانعام نحر وذبح وان من سنة الغنم والطير الذبح والابل النحر وان البقر يجوز فيها النحر والذبح. واختلفوا هل يجوز النحر في الغنم والطير والذبح في الابل فمذهب مالك انه لا يجوز النحر في الغنم

والطير ولا الذبح في الابل وذلك في غير موضع الضرورة. وقال قوم يجوز جميع ذلك من غير كراهة وبه قال الشافعي وابو حنيفة والثوري وجماعة العلماء. وقال اشهب ان نحر ما يذبح او ذبح ما ينحر اكل ولكنه يكره. وفرق ابن بكير بين الابل والغنم فقال يؤكل البعير بالذبح ولا تؤكل الشاة بالنحر. ولم يختلفوا في جواز ذلك في موضع الضرورة. وسبب اختلافهم معارضة الفعل للعموم فاما العموم فقوله عليه السلام ما انهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا. واما الفعل فانه ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نحر الابل والبقر وذبح الغنم. وانما اتفقوا على جواز ذبح البقر لقوله تعالى ان الله يامركم ان تذبحوا بقرة وقال تعالى في الكبش وفديناه بذبح عظيم.

المسألة الثانية

واما صفة الذكاة فانهم اتفقوا على ان الذبح الذي يقطع فيه الودجان والمريء والحلقوم مبيح للاكل. واختلفوا من ذلك في مواضع احدها هل الواجب قطع الاربعة كلها او بعضها وهل الواجب في المقطوع منها قطع الكل او الاكثر وهل من شرط القطع الا تقع الجوزة الى جهة البدن بل الى جهة الراس وهل ان قطعها من جهة العنق جاز اكلها ام لا وهل ان تمادى في قطع هذه الى قطع النخاع جاز ذلك ام لا وهل من شرط الذكاة الا يرفع يده حتى تتم الذكاة ام لا. فيتحصل ست مسائل في عدد المقطوع وفي مقداره وفي موضعه وفي نهاية القطع وفي جهته اعني من قدام او من خلف وفي صفته.

اما المسألة الاولى

فان المشهور عن مالك في ذلك هو قطع الودجين والحلقوم وانه لا يجزئ اقل من ذلك. وقيل عنه بل الاربعة وقيل بل الودجين فقط. ولم يختلف المذهب في ان الشرط في قطع الودجين هو استيفاؤهما. واختلف في قطع الحلق على القول بوجوبه فقيل كله وقيل الاكثر. واما ابو حنيفة فقال الواجب في التذكية هو قطع ثلاثة غير معينة من الاربع اما الحلقوم والودجان واما المريء والحلقوم

والمري والودجين او المري والودجان. وقال الشافعي الواجب قطع
المري والحلقوم فقط. وقال محمد بن الحسن الواجب قطع اكثر الاربعة من
الاربعة. وسبب اختلافهم انه لم يات في ذلك شرط منقول وانما جا
في ذلك اثران احدهما يقتضي انهار الدم فقط والاخر يقتضي قطع الاوداج
مع انهار الدم. ففي حديث رافع بن خديج انه قال عليه السلام ما انهر الدم
وذكر اسم الله عليه فكل. وهو حديث متفق على صحته. وروي عن ابي امامة
عن النبي عليه السلام انه قال ما فري الاوداج فكلوا ما لم يكن قرض ناب
او حز ظفر. فظاهر الحديث الاول يقتضي قطع بعض الاوداج فقط
لان انهار الدم يكون بذلك. وفي الثاني قطع جميع الاوداج. فالحديثان
والله اعلم متفقان على قطع الودجين اما احدهما او البعض من كليهما
او من واحد منهما. ولذلك وجه الجمع بين الحديثين ان يفهم من لام التعريف
في قوله عليه السلام ما فري الاوداج البعض لا الكل اذ كانت لام التعريف
في كلام العرب قد تدل على البعض. واما من اشترط قطع الحلقوم او
المري فليس له حجة من السماع. واكثر من ذلك من اشترط المري
والحلقوم دون الودجين. ولهذا ذهب قوم ان الواجب هو قطع ما وقع
الاجماع على جوازه لان الذكاة لما كانت شرطا في التحليل ولم يكن هنا
نص فيما يجزي وجب ان يكون الواجب في ذلك ما وقع الاجماع على
جوازه الا ان يقوم الدليل على جواز الاستثنا من ذلك. وهو ضعيف
لان ما وقع الاجماع على اجزائه ليس يلزم ان يكون شرطا في الصحة.
واما المسألة الثالثة في موضع القطع وهي ان لم يقطع الجوزة
في نصفها وخرجت الجوزة الى جهة البدن فاختلف فيه في المذهب فقال
مالك وابن القاسم لا تؤكل. وقال اشهب وابن عبد الحكم وابن وهب
تؤكل. وسبب الخلاف هل قطع الحلقوم شرط في الذكاة او ليس
بشرط فمن قال انه شرط قال لا بد ان تقطع الجوزة لانه اذا قطع

قطع دون الجوزة فقد خرج الحلقوم سليما. ومن قال انه ليس بشرط قال
ان قطع دون الجوزة جازه. واما المسألة الرابعة وهي ان قطع
اعضا الذكاة من ناحية العنق فان المذهب لا يختلف انه لا يجوز وهو قول
سعيد بن المسيب وابن شهاب وغيرهم. واجاز ذلك الشافعي
وابو حنيفة واسحاق وابو ثور وروي ذلك عن ابن عمر وعلي وعمران بن
الحصين. وسبب اختلافهم هل تعمل الذكاة في المنفوذة المقاتل
ام لا تعمل. وذلك ان القاطع لاعضا الذكاة من العنق لا يصل اليها الا بالقطع
الا بعد قطع النخاع وهو مقتل من المقاتل فترد الذكاة على حيوان قد
اصيب مقتله. وقد تقدم سبب الخلاف في هذه المسألة.
واما المسألة الخامسة وهي ان يتمادى الذابح بالذبح حتى يقطع
النخاع فان مالكا كره ذلك اذا تمادى في القطع ولم ينو قطع النخاع
من اول الامر لانه ان نوى ذلك فكانه نوى التذكية على غير الصفة الجائزة
وقال مطرف وابن الماجشون لا تؤكل ان قطعها متعمدا دون جهل وتؤكل (ساهيا)
ان قطعها ناسيا او جاهلا. واما المسألة السادسة
وهي هل من شرط الذكاة ان تكون في فور واحد فان المذهب لا يختلف
ان ذلك من شرط الذكاة وانه اذا رفع يده قبل تمام الذبح ثم اعادها
وقد تباعد ذلك ان تلك الذكاة لا تجوز. واختلفوا اذا اعاد يده بفور
ذلك وبالقرب. فقال ابن حبيب اذا اعاد يده بالفور اكلت. وقال سحنون
لا تؤكل. وقيل ان رفعها لمكان الاختبار هل تمت الذكاة ام لا فاعادها
على الفور ان تبين له انها لم تتم اكلت وهو احد اقوال سحنون
وقد تاول قوله على الكراهة. قال ابو الحسن اللخمي ولو قيل بعكس
هذا القول لكان اجود اعني انه اذا رفع يده وهو يظن انه قد اتم الذكاة
فتبين له غير ذلك فاعادها انها تؤكل لانه لا يرفع عن شك وهذا
عن اعتقاده انه يقينا وهذا مبني على ان من شرط الذكاة قطع كل

اعضاء الذكاة فان ادرك بعد قبل ان يستتم كانت مفقودة المقاتل غير
مذكاة فلا يؤثر فيها العقد وانما بمنزلة ذكاة طرأت على المعقودة المعقودة
المقاتل.

الباب الثالث فيما به تكون الذكاة

اجمع العلماء على ان كل ما انهر الدم وفرى الاوداج من حديد او صخر او عود
او قصب ان التذكية به جائزة. واختلفوا في ثلاثة في السن والظفر
والعظم. فمن الناس من اجاز التذكية بالعظم ومنعها بالسن
والظفر والذين منعوها بالسن والظفر منهم من فرق بين ان يكونا منزو
عين او لا يكونا منزوعين فاجاز التذكية بهما اذا كانا منزوعين
ولم يجزها اذا كانا متصلين ومنهم من قال ان الذكوة بالسن والعظم
مكروهة غير ممنوعة. ولا خلاف في المذهب ان الذكوة بالعظم
جائزة اذا انهر الدم. واختلف في السن والظفر فيه على الاقاويل
الثلاثة اعني بالمنع مطلقا والفرق بين الانفصال والاتصال وبالكراهية
لا بالمنع. وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم النهي الوا
رد في قوله عليه السلام في حديث رافع بن خديج وفيه قال يا رسول الله الله
انا لاقوا العدو غدا وليس معنا مدى فنذبح بالقصب فقال عليه
السلام ما انهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا ليس السن والظفر وسا
حدثكم عنه اما السن فعظم واما الظفر فمدى الحبشة فمن الناس
من فهم منه ان ذلك لمكان ان هذه الاشياء ليس في طبعها
ان تنهر الدم غالبا. ومنهم من فهم من ذلك انه شرع غير معلل والذين
فهموا منه انه شرع غير معلل منهم من اعتقد ان النهي في ذلك يدل على
فساد المنهي عنه ومنهم من اعتقد انه لا يدل على فساد المنهي عنه
ومنهم من اعتقد ان النهي في ذلك على وجه الكراهية لا على وجه الحظر فمن
فهم ان المعنى في ذلك انه لا ينهر الدم غالبا قال اذا وجد منهما ما ينهر
الدم جاز ولذلك رأى بعضهم ان يكونا منفصلين اذ كان انهار الدم منهما

منهما عمدا الصيد امكن وهو مذهب ابي حنيفة. ومن رأى ان النهي عنهما 47
مشروع غير معلل وانه يدل على فساد المنهي قال ان ذبح بهما لم تقع التذ
كية وان انهر الدم ومن رأى انه لا يدل على فساد المنهي قال ان فعل وانهر الدم
اثم وحلت الذبيحة ومن رأى ان النهي على وجه الكراهية كره ذلك ولم يحرمه ولا
معنى لقول من فرق بين الظفر والسن فانه عليه السلام قد علل المنع في
السن بانه عظم ولا يختلف المذهب انه يكره غير الحديد من المحددات
مع وجود الحديد لقول النبي عليه السلام ان الله كتب الاحسان على كل مسلم
فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبح وليحد احدكم شفرته
وليرح ذبيحته خرجه مسلم.

الباب الرابع في شروط الذكاة

وفي هذا الباب ثلاث مسائل. المسألة الاولى في اشتراط التسمية
والثانية في اشتراط القبلة. الثالثة في اشتراط النية.

المسألة الاولى

واختلفوا في التسمية على الذبيحة على حكم
ثلاثة اقوال فقيل هي فرض على الاطلاق وقيل بل هي فرض مع الذكر ساقطة مع
النسيان وقيل بل هي سنة مؤكدة. وبالقول الاول قال اهل الظاهر وابن عمر
والشعبي وابن سيرين. وبالقول الثاني قال مالك وابو حنيفة والثوري
وبالقول الثالث قال الشافعي واصحابه وهو مروي عن ابن عباس وابي هريرة في ذلك
وسبب اختلافهم معارضة ظاهر الكتاب للاثر فاما الكتاب فقوله
تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وانه لفسوق. واما السنة
المعارضة لهذه الاية فما رواه مالك عن هشام بن عروة عن ابيه انه قال
سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقيل له يا رسول الله ان ناسا من
اهل البادية ياتوننا بلحمان ولا ندري اسموا الله عليها ام لا فقال
رسول الله صلى الله عليه وسلم سموا الله عليها ثم كلوها فذهب مالك الى
ان الاية ناسخة لهذا الحديث وتأول ان هذا الحديث كان في اول الاسلام ولم

بذلك الشافعي بأن هذا الحديث ظاهر أنه كان بالمدينة وآية التسمية
مكية. فذهب الشافعي لمكان هذا مذهب الجمع بأن حمل الأمر بالتسمية
على الندب. وأما من اشترط الذكر في الوجوب فمصيراً إلى قوله عليه السلام
رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه.

المسألة الثانية. وأما استقبال القبلة بالذبيحة فإن قوماً
استحبوا ذلك، وقوماً كرهوا أن لا يستقبل بها القبلة، وقوماً أجازوا ذلك،
وقوماً أوجبوا استقبال القبلة. والكراهية والمنع موجودان في المذهب
وهي مسألة مسكوت عنها، والأصل فيها الإباحة إلا أن يدل الدليل على
اشتراط ذلك، وليس في الشرع شيء يصلح أن يجعل أصلاً يقاس عليه هذه
المسألة إلا أن يستعمل فيه قياس مرسل، وهو القياس الذي لا يستند
إلى أصل مخصوص عند من أجازه، أو قياس شبه بعيد. وذلك أن القبلة هي
جهة معظمة، وهذه عبادة، فوجب أن يشترط فيها الجهة، ولكن هذا ضعيف
لأنه ليس كل عبادة يشترط فيها الجهة ما عدا الصلاة. وقياس الذبح على
الصلاة بعيد، وكذلك قياسه على استقبال القبلة بالميت.

المسألة الثالثة. وأما اشتراط النية فقيل في المذهب بوجوب
ذلك، ولا أذكر فيه خارج المذهب في هذا الوقت خلافاً في ذلك. ويشبه
أن يكون في ذلك قولان: قول بالوجوب وقول بترك الوجوب. فمن أوجب قال عبادة
لاشتراط الصفة فيها والعدد، فوجب أن يكون من شرطها النية.
ومن لم يوجبها قال فعل معقول يحصل عنه فوات النفس الذي هو المقصود،
فوجب أن لا يشترط فيها النية كما يحصل عن غسل النجاسة إزالة عينها.

الباب الخامس فيمن تجوز تذكيته ومن لا تجوز

والمذكور ثلاثة أصناف في الشرع: صنف اتفق على جواز ذكاته، وصنف
اتفق على منع ذكاته، وصنف اختلف فيه. فأما الصنف الذي اتفق
على ذكاته فمن جمع خمسة شروط: الإسلام والذكورية والبلوغ والعقل

وترك تضييع

والعقل وترك تضييع الصلاة. وأما الذي اتفق على منع ذكاته فالمشركون
عبدة الأصنام لقوله تعالى: وما ذبح على النصب، وما أهل به لغير الله. وأما الذين
اختلف فيهم فأصناف كثيرة، لكن المشهور منها عشرة: أهل الكتاب، والمجوس،
والصابئون، والمرأة، والصبي، والمجنون، والسكران، والذي يضيع الصلاة،
والسارق، والغاصب. فأما أهل الكتاب فالعلماء مجمعون على جواز
ذبائحهم لقوله تعالى: وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم، ومختلفون في
التفصيل. فاتفقوا على أنهم إذا لم يكونوا من نصارى بني تغلب ولا من المرتدين
وذبحوا لأنفسهم، وعلم أنهم سموا الله على ذبيحتهم، وكانت الذبيحة مما
لم تحرم عليهم في التوراة ولا حرموها على أنفسهم، أنه يجوز منها ما
عدا الشحم. واختلفوا في هذه الشروط، أعني إذا ذبحوا لمسلم با
ستنابته، أو كانوا من نصارى بني تغلب أو مرتدين، وإذا لم يعلم أنهم سموا الله
أو جهل مقصود ذبحهم، أو علم أنهم سموا غير الله مما يذبحونه لكنائسهم
وأعيادهم، أو كانت الذبيحة مما حرمت عليهم بالتوراة كقوله تعالى: كل ذي ظفر، أو
كانت مما حرموها على أنفسهم مثل الذبائح التي تكون عند اليهود فاسدة
من قبل خلقة الرئة، وكذلك اختلفوا في الشحوم. فأما إذا ذبحوا باستنابة
مسلم فقيل في المذهب عن مالك لا يجوز، وقيل يجوز. وسبب الخلاف
هل من شرط ذبح المسلم اعتقاد تحليل الذبيحة على الشروط الإسلامية
في ذلك؟ فمن رأى أن النية شرط في الذبيحة قال لا تحل ذبيحة الكتابي للمسلم
لأنه لا يصح منه وجود هذه النية، ومن رأى أن ذلك ليس بشرط وغلب
عموم الكتاب، أعني من قوله تعالى: وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم،
وكذلك من اعتقد أن نية المستنيب تجزئ، وهو أحد قولي المذهب.

وأما **المسألة الثانية**، وهي ذبائح نصارى بني تغلب والمرتدين،
فإن الجمهور على أن ذبائح النصارى من العرب حكمها حكم ذبائح أهل الكتاب،
وهو قول ابن عباس، ومنهم من لم يجز ذبائحهم، وهو أحد قولي الشافعي.

المسألة الأولى

على مع ... أم لا

Ed, I, 414

وهو مروي عن علي رضي الله عنه. وسبب الخلاف هل يتناول العرب المتنصرين
او المتهودين اسم الذين اوتوا الكتاب كما يتناول ذلك الامم المختصة
بالكتاب وهم بنو اسرائيل والروم. واما المرتد فان الجمهور على ان ذبيحته
لا توكل. وقال اسحاق ذبيحته جائزة وقال الثوري مكروهة. وسبب
الخلاف هل المرتد لا يتناوله اسم اهل الكتاب اذ كان ليس له حرمة اهل
الكتاب او يتناوله. واما المسئلة الثالثة وهي اذا
لم يعلم ان اهل الكتاب سموا الله على الذبيحة فقال الجمهور توكل وهو
مروي عن علي ولست اذكر في هذا الوقت فيه خلافا ويتطرق اليه احتمال
بان يقال ان الاصل الا يوكل من تذكيتهم الا ما كان على شروط الاسلام
فاذا قيل على هذا ان التسمية من شرط التذكية وجب الا توكل
ذبائحهم بالشك في ذلك. واما اذا علم انهم ذبحوا ذلك لاعيادهم
او لكنائسهم فان من العلماء من كرهه وهو قول مالك ومنهم من اباحه
وهو قول اشهب. ومنهم من حرمه وهو قول الشافعي. وسبب
اختلافهم تعارض عمومي الكتاب في هذا الباب وذلك ان قوله تعالى
وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم يحتمل ان يكون مخصصا بقوله تعالى
وما اهل به لغير الله ويحتمل ان يكون قوله تعالى وما اهل به لغير الله مخصصا لقوله
تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم اذ كان كل واحد منهما يصح
ان يستثنى من الاخر فمن جعل قوله تعالى وما اهل به لغير الله مخصصا لقوله
وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم قال لا يجوز ما اهل به للكنائس والاعياد
ومن عكس الامر قال يجوز. واما اذا كانت الذبيحة مما حرمت
عليهم فقيل يجوز وقيل لا يجوز وقيل بالكراهية وقيل ان كانت محرمة بالتوراة او
من قبل انفسهم اعني بالاباحة ما ذبحوا مما حرموا على انفسهم ومنع ما حرم
الله عليهم وقيل تكره ولا تمنع والاقاويل الاربعة موجودة في المذهب
المنع عن ابن القاسم والاباحة عن ابن وهب وابن عبد الحكم والتفرقة عن اشهب

اشهب واصل الاختلاف معارضة عموم الاية لاشتراط نية الذكاة اعني
اعتقاد تحليل الذبيحة بالتذكية فمن قال ذلك شرط في التذكية قال لا تجوز
هذه الذبائح لانهم لا يعتقدون تحليلها بالتذكية ومن قال ليس بشرط
فيهم وتمسك بعموم الاية المحللة قال تجوز هذه الذبائح وهذا بعينه
هو سبب اختلافهم في اكل الشحوم من ذبائحهم ولم تخالف في ذلك
احد غير مالك واصحابه فمنهم من قال ان الشحوم محرمة وهو قول اشهب
ومنهم من قال مكروهة والقولان عن مالك ومنهم من قال مباحة ويدخل في
الشحوم سبب اخر من اسباب الخلاف سوى معارضة العموم لاشتراط
اعتقاد تحليل الذبيحة وهو هل تتبعض التذكية او لا تتبعض فمن قال
تتبعض قال لا يوكل الشحم ومن قال لا تتبعض قال يوكل الشحم ويدل على تحليل
شحوم ذبائحهم حديث عبد الله بن مغفل اذ اصاب جراب الشحم يوم
خيبر وقد تقدم في كتاب الجهاد. ومن فرق بين ما حرم عليهم من ذلك
في اصل شرعهم وبين ما حرموا على انفسهم قال ما حرم عليهم هو امر حق فلا تعمل
فيه الذكاة وما حرموا على انفسهم هو امر باطل فتعمل فيه الذكاة والحق ان ما
حرم عليهم او حرموا على انفسهم هو في وقت شريعة الاسلام امر باطل
اذ كانت ناسخة لجميع الشرائع فيجب الا يراعى اعتقادهم في ذلك ولا
يشترط ايضا ان يكون اعتقادهم في تحليل الذبائح اعتقاد المسلمين
ولا اعتقاد شريعتهم لانه لو اشترط ذلك لما جاز اكل ذبائحهم بوجه
من الوجوه لكون اعتقاد شريعتهم في ذلك منسوخا واعتقاد شريعتنا
لا يصح منهم وانما هذا حكم خصهم الله به فذبائحهم والله اعلم جائزة لنا
على الاطلاق والا ارتفع حكم اية التحليل جملة فتامل هذا فانه بين والله اعلم
. واما المجوس فان الجمهور على انه لا تجوز ذبائحهم لانهم مشركون
وتمسك قوم في اجازتها بعموم قوله عليه السلام سنوا بهم سنة اهل
الكتاب. واما الصابئون فالاختلاف فيهم من قبل اختلافهم في هل هم من اهل

الغائب أم ليسوا من أهل الكتاب . فأما المرأة والصبي فالجمهور على
أن ذبائحهم جائزة غير مكروهة وهو مذهب مالك وكره ذلك أبو مصعب
. والسبب في اختلافهم نقصان المرأة والصبي . وإنما لم يختلف
الجمهور في المرأة لحديث معاذ بن سعد أن جارية لكعب بن مالك كانت
ترعى غنما بسلع فأصيبت شاة فأدركتها فذكتها بحجر فسئل رسول
الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال لا بأس بها كلوها وهو
حديث صحيح . وأما المجنون والسكران فإن مالكا لم يجز ذبيحتهما وأجاز
ذلك الشافعي . وسبب الخلاف اشتراط النية في الذكاة فمن
اشترط النية منع ذلك إذ لا تصح من المجنون ولا من السكران وخاصة
الملتخ . وأما جواز تذكية السارق والغاصب فإن الجمهور على جوازه
ومنهم من منع ذلك ورأى أنها ميتة وبه قال داود وإسحاق بن راهويه
. وسبب الخلاف هل النهي يدل على فساد المنهي عنه أم لا فمن قال يدل
قال السارق والغاصب منهي عن ذكاتها وتملكها فإذا ذكاها فسدت التذكية
ومن قال لا يدل إلا إذا كان المنهي عنه شرطا من شروط ذلك الفعل
قال تذكيتهم جائزة لأنه ليس صحة الملك شرطا من شروط التذكية
وفي موطأ ابن وهب قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عنها فلم
ير بها بأسا وخرجها الأئمة ذلك مع الكراهة فيما روي عن النبي عليه
السلام في الشاة التي ذبحت بغير إذن ربها فقال رسول الله صلى الله عليه
وسلم أطعموها الأسارى وهذا القدر كاف في أصول هذا الكتاب

كتاب العقيقة

. والقول المحيط بأصول هذا الكتاب ينحصر في ستة أبواب . الأول
في معرفة حكمها . الثاني في معرفة محلها . الثالث في معرفة من يعق عنه
وكم يعق . الرابع في معرفة وقت هذا النسك . الخامس في سن هذا النسك

النسك وصفته . السادس في حكم لحمها وسائر أجزائها
فأما حكمها فذهبت طائفة منهم الظاهرية إلى أنها واجبة وذهب الجمهور
إلى أنها سنة . وذهب أبو حنيفة إلى أنها ليست فرضا ولا سنة . وقد قيل إن
تحصيل مذهبه أنها عنده تطوع . وسبب اختلافهم تعارض مفهوم
الآثار في هذا الباب وذلك أن ظاهر حديث سمرة وهو قول النبي عليه
السلام كل غلام مرتهن بعقيقته تذبح عنه يوم سابعه ويماط عنه الأذى
يقتضي الوجوب . وظاهر قوله عليه السلام وقد سئل عن العقيقة فقال
لا أحب العقوق ومن ولد له ولد فأحب أن ينسك عنه فليفعل يقتضي الندب
أو الإباحة فمن فهم منه الندب قال العقيقة سنة ومن فهم الإباحة قال
ليست سنة ولا فرض وخرج الحديثين أبو داود . ومن أخذ بحديث سمرة أوجبها
. وأما محلها فإن جمهور العلماء على أنه لا يجوز في العقيقة إلا ما
يجوز في الضحايا من الأزواج الثمانية . وأما مالك فاختار فيها الضأن على
مذهبه في الضحايا . واختلف قوله هل تجزئ فيها الإبل والبقر أم لا تجزئ
وسائر الفقهاء على أصلهم أن الإبل أفضل من البقر والبقر أفضل من الغنم .
وسبب اختلافهم تعارض الأثر في هذا الباب والقياس أما الأثر فحديث
ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عق عن الحسن والحسين [illegible]
كبشا وقوله عن الجارية شاة وعن الغلام شاتان خرجه [illegible]
. وأما القياس فلأنها نسك فوجب أن يكون الأعظم فيه أفضل قياسا
على الضحايا . وأما من يعق عنه فإن جمهورهم [illegible]
عن الذكر والأنثى الصغير فقط وشذ الحسن فقال لا يعق عن الجارية وأجاز
بعضهم أن يعق عن الكبير . ودليل الجمهور على تعلقها بالصغير قوله عليه
السلام يوم سابعه . ودليل من خالف أن النبي صلى الله عليه وسلم
عق عن نفسه بعد ما بعث بالنبوة . ودليلهم أيضا على تعلقها بالأنثى قوله عليه
السلام عن الجارية شاة وعن الغلام شاتان . ودليل من اقتصر بها على الذكر

قوله عليه السلام كل غلام مرتهن بعقيقته. وأما العدد فإن العلماء
اختلفوا في ذلك فقال مالك يعق عن الذكر والأنثى بشاة شاة وقال
الشافعي وأبو ثور وأبو داود وأحمد يعق عن الجارية شاة وعن الغلام شاتان.
وسبب اختلافهم اختلاف الآثار في ذلك. فمنها حديث أم كرز
الكعبية خرجه أبو داود قالت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم
يقول في العقيقة عن الغلام شاتان مكافئتان وعن الجارية شاة والمكافئتان
المتماثلتان وهذا يقتضي الفرق بين الذكر والأنثى في ذلك. وما روي
أنه عق عن الحسن والحسين كبشا كبشا يقتضي الاستواء
بينهما. وأما وقت هذا النسك فإن جمهور العلماء على
أنه يوم سابع المولود ومالك لا يعد في الأسبوع اليوم الذي ولد
فيه إن ولد نهارا وعبد الملك بن الماجشون يحتسب به. وقال ابن
القاسم في العتبية إن عق ليلا لم يجزه. واختلف أصحاب مالك في مبدأ
وقت الإجزاء فقيل وقت الضحايا أعني ضحى وقيل بعد الفجر قياسا
على قول مالك في الهدايا. ولا شك أن من أجاز الضحايا ليلا أجاز هذه
ليلا. وقيل يجوز في السابع الثاني والثالث. وأما سن
هذا النسك وصفته فسن الضحايا وصفتها الجائزة أعني أنه يتقى فيها
ما يتقى من الضحايا ولا أعلم في هذا خلافا.

وأما ما يفعل بلحمها وجلدها فحكم لحم الضحايا في الأكل والصدقة ومنع البيع.
وجمهور العلماء على أنه كان يدمى رأس الطفل في الجاهلية بدمها وأنه نسخ
في الإسلام وذلك لحديث بريدة الأسلمي قال كنا في الجاهلية إذا ولد
لأحدنا غلام ذبح شاة ولطخ رأسه بدمها فلما جاء الله بالإسلام كنا
نذبح ونحلق رأسه ونلطخه بزعفران. وشذ الحسن وقتادة فقالا يمس
رأس الصبي بقطنة قد غمست في الدم. واستحبوا كسر عظامها لما
كانوا في الجاهلية يقطعونها من المفاصل. واختلف في حلاق رأس المولود

المولود يوم السابع والصدقة بوزن شعره فضة فقيل هو مستحب وقيل هو غير
مستحب والقولان عن مالك والاستحباب أجود وهو قول ابن حبيب لما رواه
مالك في الموطأ أن فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم حلقت شعر
الحسن والحسين وزينب وأم كلثوم وتصدقت بزنة ذلك فضة.

كتاب الصيد

وهذا الكتاب في أصوله أربعة أبواب. الباب الأول في حكم الصيد وفي
محل الصيد. الثاني فيما به يصاد. الثالث في صفة ذكاة الصيد والشروط
المشترطة في عمل الذكاة في الصيد. الرابع فيمن يجوز صيده.

الباب الأول

فأما حكم الصيد فالجمهور على أنه مباح
لقوله تعالى أحل لكم صيد البحر الآية ثم قال وإذا حللتم فاصطادوا. واتفق العلماء
على أن الأمر بالصيد بعد النهي في هذه الآية يدل على الإباحة كما اتفقوا
على ذلك في قوله تعالى فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض أعني أن
المقصود به الإباحة لوقوع الأمر به بعد النهي وإن كان اختلفوا في
الأمر بعد النهي هل يقتضي الإباحة أو لا يقتضيها وإنما يقتضي على أصله
الوجوب. وكره مالك الصيد الذي يقصد به السرف. وللمتأخرين من
أصحابه فيه تفصيل محصول قولهم فيه أن منه ما هو في حق بعض الناس واجب
وفي حق بعضهم حرام وفي حق بعضهم مندوب وفي حق بعضهم مكروه.
وهذا النظر في الشرع يتعلق بالقياس ويبعد عن الأصول المنطوق
بها في الشرع فليس يليق بكتابنا هذا إذ كان قصدنا فيه إنما هو ذكر
المنطوق به في الشرع أو ما كان قريبا من المنطوق به.

وأما محل الصيد فإنهم أجمعوا على أن محله من الحيوان البحري السمك ومن
البري الحلال الأكل الغير متأنس. واختلفوا فيما استوحش من الحيوان
المستأنس فلم يقدر على أخذه ولا ذبحه أو نحره فقال مالك لا يؤكل إلا

إلا أن يخرج من ذلك ما ذكاته النحر ويذبح ما ذكاته الذبح أو يفعل به أحدهما مما
يجوز فيه الأمران جميعا. وقال أبو حنيفة والشافعي إذا لم يقدر على ذكاة
البعير الشارد فإنه يقتل كالصيد. وسبب اختلافهم معارضة الأصل
في ذلك للخبر وذلك أن الأصل في هذا الباب هو أن الحيوان الإنسي لا يؤكل
إلا بالذبح أو النحر وأن الوحشي يؤكل بالعقر وأما الخبر المعارض لهذا
الأصل فحديث رافع بن خديج وفيه قال فند منها بعير وكان في القوم خيل
يسيرة فطلبوه فأعياهم فأهوى إليه رجل بسهم فحبسه الله تعالى به
فقال النبي عليه السلام إن لهذه البهائم أوابد كأوابد الوحش فما فعل
عليكم منها فاصنعوا به هكذا. والقول بهذا الحديث أولى لصحته. لأنه ينبغي
أن يكون هذا مستثنى من ذلك الأصل مع أن للقائل أن يقول إنه جار مجرى الأصل حل
في هذا الباب وذلك أن العلة في كون العقر ذكاة لبعض الحيوان ليس
شيئا أكثر من عدم القدرة عليه لا لأنه وحشي فقط فإذا وجد هذا المعنى
من الإنسي جاز أن تكون ذكاته ذكاة الوحشي فيتفق القياس والسماع

الباب الثاني فيما يجوز به الصيد

والأصل في هذا الباب آيتان وحديثان. الآية الأولى قوله تعالى يا أيها الذين
آمنوا ليبلونكم الله بشيء من الصيد. والثانية قوله تعالى قل أحل لكم الطيبات
وما علمتم من الجوارح مكلبين. وأما الحديثان فأحدهما حديث عدي بن
حاتم وفيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له إذا أرسلت كلابك
المعلمة وذكرت اسم الله تعالى عليها فكل مما أمسكن عليك وإن قتلن
إلا أن يأكل الكلب فلا تأكل فإني أخاف أن يكون إنما أمسك على نفسه وإن خالطها
كلاب غيرها فلا تأكل وإنما سميت على كلبك ولم تسم على غيره
وسأله عن المعراض فقال إذا أصاب بعرضه فلا تأكل فإنه وقيذ. وهذا
الحديث هو أصل في أكثر ما في هذا الكتاب. والحديث الثاني حديث أبي ثعلبة وفيه
من قوله عليه السلام ما أصبت بقوسك فاذكر اسم الله ثم كل وما أصبت

وما أصبت بكلبك المعلم فاذكر اسم الله ثم كل وما أصبت بكلبك الذي ليس
بمعلم فأدركت ذكاته فكل. وهذان الحديثان اتفق أهل الصحيح على إخراجهما.
وأما الآلات التي يصاد بها فمنها ما اتفقوا عليها بالجملة،
ومنها ما اختلفوا فيها وفي صفتها وهي ثلاث محدد وجارح
ومثقل. فأما المحدد فاتفقوا عليه كالرماح والسيوف والسهام
للنص عليها في الكتاب والسنة وكذلك ما جرى مجراها مما يعقر ما
عدا الأشياء التي اختلفوا في عملها في ذكاة الحيوان الإنسي وهي السن
والظفر والعظم وقد تقدم اختلافهم في ذلك فلا معنى لإعادته. وأما
المثقل فاختلفوا فيه مثل الصيد بالمعراض والحجر فمن العلماء من لم
يجز من ذلك إلا ما أدركت ذكاته. ومنهم من أجازه على الإطلاق ومنهم
من فرق بين ما قتله المعراض أو الحجر بثقله أو بحده إذا خرق جسم الصيد
فأجازه إذا خرق ولم يجزه إذا لم يخرق وبهذا القول قال مشاهير فقهاء
الأمصار الشافعي ومالك وأبو حنيفة وأحمد والثوري وغيرهم
وهذا راجع إلى أنه لا ذكاة إلا بمحدد. وسبب اختلافهم معارضة
الأصول في هذا الباب بعضها لبعض ومعارضة الأثر لها وذلك أن من
الأصول في هذا الباب أن الوقيذ محرم بالكتاب والإجماع. ومن أصوله
أن العقر ذكاة للصيد. فمن رأى أن ما قتل المعراض وقيذ منعه على الإطلاق
ومن رآه عقرا مختصا بالصيد وأن الوقذ غير معتبر فيه أجازه على الإطلاق
ومن فرق بين ما خرق من ذلك وما لم يخرق فمصيرا إلى حديث عدي بن حاتم
المتقدم وهو الصواب. وأما الحيوان الجارح فالاتفاق والاختلاف فيه منه
متعلق بالنوع والشرط. فأما النوع الذي اتفقوا عليه فهي الكلاب ما
عدا الكلب الأسود فإنه كرهه قوم منهم الحسن البصري وإبراهيم النخعي
وقتادة. وقال أحمد ما أعرف أحدا يرخص فيه إذا كان بهيما وبه قال إسحاق
وأما الجمهور فعلى إجازة صيده إذا كان معلما. وسبب اختلافهم معارضة

رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صيد البازي فقال ما امسك عليك فكل
خرجه الترمذي فهذه اسباب اتفاقهم واختلافهم في انواع الجوارح
د. واما الشروط المشترطة في الجوارح فان منها ما اتفقوا عليها .... وهو التعليم
بالجملة لقوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين ولقوله عليه السلام اذا ارسلت
كلبك المعلم د. واختلفوا في صفة التعليم وفي شروطه فقال قوم التعليم
ثلاثة اصناف ان تدعو الجارح فيجيب وان تشليه فينشلي وان تزجره
فينزجر ولا خلاف بينهم في اشتراط هذه الثلاثة في الكلاب وانما
اختلفوا في اشتراط الانزجار في سائر الجوارح د. واختلفوا ايضا هل من
شرطه الا يأكل الجارح فمنهم من اشترطه على الاطلاق ومنهم من اشترطه
في الكلب فقط وهو قول مالك ان هذه الشروط الثلاثة شرط في
الكلاب وغيرها وقال ابن حبيب من اصحابه ليس يشترط الانزجار فيما
لا يقبل ذلك من الجوارح مثل البزاة والصقور وهو مذهب مالك اعني انه
ليس من شرط الجارح لا كلب ولا غيره الا يأكل واشترطه بعضهم
في الكلب ولم يشترطه فيما عداه من جوارح الطير د. ومنهم من اشترطه
كما قلنا في الكل والجمهور على جواز اكل صيد البازي والصقر وان اكل
لان تضريته انما تكون بالاكل فالخلاف في هذا الباب راجع الى موضعين احدهما
هل من شرط التعليم ان ينزجر اذا زجر وهل من شرطه الا يأكل د. وسبب
الخلاف في اشتراط الاكل وعدمه شيئان احدهما اختلاف الآثار في ذلك
والثاني هل اذا اكل فهو ممسك ام لا د. فاما الآثار فمنها حديث عدي
بن حاتم المتقدم وفيه فان اكل فلا تأكل فاني اخاف ان يكون انما امسك على
نفسه والحديث المعارض حديث ابي ثعلبة الخشني قال قال رسول الله صلى
الله عليه وسلم اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله فكل قلت
وان اكل منه يا رسول الله قال وان اكل فمن جمع بين الحديثين بان حمل حديث
عدي بن حاتم على الندب وهذا على الجواز قال ليس من شرطه الا يأكل ومن رجح

[illegible] ... مكان يعمل في صحته من الخبر ... لن تكتب عليه ... وروي ان المومن ...
... مر الله تعالى ملاحية ان تتعبد ... على راس قبر كان يوم القيامة وتكتب اجور ...

القياس للعموم وذلك ان عموم قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين
يقتضي تسوية جميع الكلاب في ذلك وامره عليه السلام بقتل الاسود
البهيم يقتضي في ذلك القياس الا يجوز اصطياده على رأي من يرى ان النهي يدل
على فساد المنهي عنه د. واما الذين اختلفوا فيه من انواع الجوارح
فيما عدا الكلب من طير الجوارح وحيوانها مما السباعية فمنهم من
اجاز جميعها اذا علمت حتى السنور كما قال ابن شعبان وهو مذهب
مالك واصحابه وبه قال فقهاء الامصار وهو مروي عن ابن عباس اعني
ان ما قبل التعليم من جميع الجوارح فهو آلة لذكاة الصيد وقال قوم
لا اصطياد بجارح ما عدا الكلب لا باز ولا صقر ولا غير ذلك الا
ما ادركت ذكاته وهو قول مجاهد د. واستثنى بعضهم من الطيور الجارحة
البازي فقط فقال يجوز صيده وحده د. وسبب اختلافهم في هذا الباب
شيئان احدهما قياس سائر الجوارح على الكلاب وذلك انه قد يظن
ان النص انما ورد في الكلاب اعني قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين
الا ان يتأول ان لفظة مكلبين مشتقة من كلب الجارح لا من لفظة
الكلاب ويدل على هذا عموم اسم الجوارح الذي في الآية فعلى هذا
يكون سبب الخلاف الاشتراك الذي في لفظة مكلبين د. والسبب
الثاني هل من شرطه الامساك الامساك على صاحبه ام ليس ذلك
من شرطه وان كان من شرطه فهل يوجد في غير الكلاب او لا يوجد
فمن قال لا يقاس سائر الجوارح على الكلاب وان لفظة مكلبين مشتقة
من اسم الكلب لا من اسم الكلب او انه لا يوجد الامساك الا في الكلب
اعني على صاحبه وان ذلك شرط قال لا اصطياد بجارح سوى الكلب ومن قاس
على الكلب سائر الجوارح ولم يشترط في الامساك الامساك على
صاحبه قال يجوز صيد سائر الجوارح اذا قبلت التعليم د. واما من استثنى
من ذلك البازي فقط فمصيرا الى ما روي عن عدي بن حاتم انه قال سألت رسول

ومن رجح حديث عدي بن حاتم اذ هو حديث متفق عليه وحديث ابي ثعلبة
مختلف فيه ولذلك لم يخرجه الشيخان البخاري ومسلم ومن قال الجمع قال
من شرط الامساك الا ياكل بدليل الحديث المذكور قال ان اكل لم يوكل
الصيد وبه قال الشافعي وابو حنيفة واحمد واسحاق والثوري وهو قول ابن
عباس ورخص في اكل ما اكل الكلب كما قال مالك سعد بن ابي وقاص وابن عمر وسلمان
وسلمان وقالت المالكية المتاخرة انه ليس الاكل بدليل على انه لم يمسك على
سيده وان الامساك على سيده شرط في الذكاة فان نية الكلب غير
معلومة وقد يمسك لسيده ثم يبدو له فيمسك لنفسه وهذا الذي
قالوه خلاف النص في الحديث وخلاف ظاهر الكتاب وهو قوله تعالى فكلوا
مما امسكن عليكم وللامساك على سيد الكلب طريق يعرف به وهو
العادة ولذلك قال عليه السلام فان اكل فلا تاكل فاني اخاف ان يكون
انما امسك على نفسه واما اختلافهم في الازدجار فليس له سبب الا
اختلافهم في قياس سائر الجوارح في ذلك على الكلب لان الكلب الذي
لا يزدجر لا يسمى معلما باتفاق واما سائر الجوارح اذا لم تنزجر هل تسمى
معلمة ام لا فيه التردد وهو سبب الخلاف

الباب الثالث في معرفة الذكاة المختصة بالصيد وشروطها

واتفقوا على ان الذكاة المختصة بالصيد هي العقر واختلفوا
في شروطها اختلافا كثيرا واذا اعتبرت اصولها التي هي اسباب الخلاف
سوى الشروط المشروطة في الآلة وفي الصائد وجدت ثمانية شروط
اثنان تشترط في الذكاتين اعني ذكاة المصيد وغير المصيد وهما
النية والتسمية وستة تختص بهذه الذكاة احدها انه ان لم تنفذ الآلة
او الجارح الذي اصاب الصيد مقاتله فانه يجب ان يذكى بذكاة
الحيوان الانسي اذا قدر عليه قبل ان يموت مما اصابه من الجارح او من
العقر واما ان كان قد انفذ مقاتله فليس يجب ذلك وان كان قد يستحب

يستحب والثاني ان يكون الفعل الذي به اصيب الصيد مبداه من الصائد
٩ لا من غيره اعني لا من الآلة كالحالة في الحبالة ولا من الجارح كالحال فيما
يصيب الكلب الذي ينشلي من ذاته والثالث الا يشاركه في العقر
من ليس عقره ذكاة والرابع الا يشك في عين الصيد الذي اصابه وذلك
عند غيبته عن عينه والخامس الا يكون الصيد مقدورا عليه في وقت
الارسال عليه والسادس الا يكون موته من رعب من الجارح او صدمة
منه فهذه هي اصول الشروط التي من قبل اشتراطها او لا اشتراطها
عرض الخلاف بين الفقهاء وربما اتفقوا على بعض هذه الشروط ويختلفون
في وجودها في نازلة نازلة كاتفاقهم والمالكية على ان من شرط الفعل ان
يكون مبداه من الصائد واختلافهم اذا افلت الجارح من يده او خرج
بنفسه ثم اغراه هل يجوز ذلك الصيد ام لا لتردد هذه الحال بين ان توجد
لها هذه الشروط او لا توجد وكاتفاق ابي حنيفة ومالك على ان من شر
طه اذا ادرك غير منفوذ المقاتل ان يذبح اذا قدر عليه قبل ان يموت
واختلافهم بين ان يخلصه حيا فيموت في يده قبل ان يتمكن من ذكاته فان
ابا حنيفة منع هذا واجازه مالك ورآه مثل الاول اعني اذا لم يقدر
على تخليصه من الجارح حتى مات لتردد هذه الحال بين ان يقال انه ادركه
غير منفوذ المقاتل وفي غير يد الجارح فاشبه المفرط او لم يشبهه
فلم يفرط منه واذا كانت هذه الشروط هي اصول الشروط المشتر
طة في الصيد مع سائر الشروط المذكورة في الآلة والصائد
فينبغي على ما سلكناه ان نذكر ما اتفقوا منها عليه وما اختلفوا فيه
وسبب الخلاف في ذلك وما يتفرع عنها من مشهور مسائلهم
فنقول ان التسمية والنية فقد تقدم الخلاف فيهما وسببه في كتاب
الذبائح ومن قبل اشتراط النية في الذكاة لم يجز عند من اشترطها
اذا ارسل الجارح على صيد واخذ آخر ذكاة ذلك الصيد الذي لم يرسل عليه

وبه قال مالك، وقال الشافعي وأبو حنيفة وأحمد وأبو ثور: يؤكل، ومن قبل
هذا الشرط اختلف أصحاب مالك في الإرسال على صيد غير مرئي كالذي
يرسل على ما في غيضة أو من وراء أكمة ولا يدري هل هناك شيء أم لا
لأن القصد في هذا يشوبه شيء من الجهل. وأما الشرط الذي اشترطوه
في ذكاة الصيد من الشروط الستة التي ذكرناها وهو أن عقر
الجارح له إذا لم ينفذ مقاتله إنما يجوز ذكاته إذا لم يدركه المرسل
حيا فاشتراطه قال جمهور العلماء لما جاء في حديث عدي بن حاتم
في بعض رواياته أنه قال عليه السلام: وإن أدركته حيا فاذبحه. وكان
النخعي يقول إذا أدركته ولم تكن معك حديدة فأرسل عليه الكلاب حتى يقول
تقتله، وبه قال الحسن البصري مصيرا لعموم قوله تعالى فكلوا مما
أمسكن عليكم، ومن قبل هذا الشرط قال مالك: لا ينبغي أن يتراخى المرسل في
طلب الصيد، فإن تراخى فأدركه ميتا فإن كان منفوذ المقاتل بسهم
حل أكله، وإلا لم يحل من أجل أنه لو لم يتراخ لكان يمكن أن يدركه حيا
غير منفوذ المقاتل. وأما الشرط الثاني وهو أن يكون الفعل
مبدأه من القانص ويكون متصلا حتى يصيب الصيد فمن قبل اختلافهم
فيه اختلفوا فيما تصيبه الحبالة والشبكة إذا أنفذت المقاتل بحدد
فيها، فمنع ذلك مالك والشافعي والجمهور ورخص فيه الحسن
البصري. ومن هذا الأصل لم يجز مالك الصيد الذي إذا أرسل عليه
الجارح فتشاغل بشيء آخر ثم عاد إليه من قبل نفسه. وأما
الشرط الثالث وهو ألا يشاركه في العقر من ليس عقره ذكاة له
فهو شرط مجمع عليه فيما أذكر لأنه لا يدري من قتله. وأما
الشرط الرابع وهو ألا يشك في عين الصيد ولا في قتل جارحه
له فمن قبل ذلك اختلفوا في أكل الصيد إذا غاب مصرعه فقال مالك
لا بأس بأكل الصيد إذا غاب عنك مصرعه إذا وجدت به أثرا من كلبك

من كلبك أو كان به سهمك ما لم يبت، فإذا بات فإني أكرهه، وبالكراهية
قال الثوري. وقال عبد الوهاب: إذا بات الصيد من الجارح لم يؤكل، وفي السهم
خلاف. وقال ابن الماجشون: يؤكل فيهما جميعا إذا وجد منفوذ المقاتل، وقال
مالك في المدونة: لا يؤكل فيهما جميعا إذا بات وإن وجد منفوذ المقاتل.
وقال الشافعي: القياس ألا تأكله إذا غاب عنك مصرعه، وقال أبو حنيفة: إذا
توارى الصيد والكلب في طلبه فوجده المرسل مقتولا جاز أكله ما لم يترك
الكلب الطلب، فإن تركه كرهنا أكله. وسبب اختلافهم شيئان: أحدهما
الشك العارض في عين الصيد وفي ذكاته، والسبب الثاني اختلاف الآثار
في هذا الباب. فروى مسلم والترمذي والنسائي وأبو داود عن أبي ثعلبة
عن النبي عليه السلام في الذي يدرك صيده بعد ثلاث: فكله ما لم ينتن،
وروى مسلم عن أبي ثعلبة أيضا عن النبي عليه السلام: إذا رميت سهمك
فغاب عنك مصرعه فكل ما لم يبت. وفي حديث عدي بن حاتم أنه قال عليه
السلام: إذا وجدت سهمك فيه ولم تجد به أثر سبع وعلمت أن سهمك
قتله فكل. ومن هذا الباب اختلافهم في الصيد يصاب بالسهم أو يصيبه
الجارح فيسقط في ماء أو يتردى من مكان عال، فقال مالك: لا يؤكل لأنه
لا يدري من أي الأمرين مات، إلا أن يكون السهم قد أنفذ مقاتله ولا يشك
أن منه مات، وبه قال الجمهور. وقال أبو حنيفة: لا يؤكل إن وقع في ماء منفوذ
المقاتل ويؤكل إن تردى. وقال عطاء: لا يؤكل أصلا إذا أصيبت المقاتل
ووقع في ماء أو تردى من موضع عال لإمكان أن يكون زهوق نفسه من قبل
التردي أو الماء قبل زهوقها من قبل إنفاذ المقاتل. وأما موته من صدم
الجارح له فإن ابن القاسم منعه قياسا على المثقل وأجازه أشهب لعموم
قوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم، ولم يختلف المذهب أن ما مات من
خوف الجارح أنه غير مذكى. وأما كونه في حال الإرسال غير مقدور
عليه فإنه شرط فيما علمت متفق عليه، وذلك أنه لا يؤكل إذا كان الصيد

ورأى عمل الطائفة ثم ذكرها وذكر الله عز وجل قال عليه السلام [illegible] الشيء وجعلها [illegible] والحظر

فقد روي على الحذر بالمبادرة من جبل أو على رأس ماء من قبل أن تنشب في شيء أو
تعلق بشيء أو رمى أحد تكسر جناحه أو ساقه. وفي هذا الباب فروع كثيرة
من قبل تردد بعض الأحوال بين أن يوجب فيها الصيد بأنه معجوز عليه أو غير
معجوز عليه مثل أن تنقطع الكلاب فيقع في حفرة فقيل في المذهب
يؤكل وقيل لا يؤكل. واختلفوا في صفة العقر الذي إذا أصاب الصيد فأبان منه
عضوا فقال قوم يؤكل الصيد دون ما بان منه وقال قوم يؤكلان جميعا وفرق
قوم بين أن يكون ذلك العضو مقتلا أو غير مقتل فقالوا إن كان مقتلا أكلا
جميعا وإن كان غير مقتل أكل الصيد دون العضو وهو معنى قول مالك
وإلى هذا يرجع خلافهم في أن يكون القطع بنصفين أو يكون أحدهما أكبر
من الثاني. وسبب اختلافهم معارضة قوله عليه السلام ما قطع
من البهيمة وهي حية فهي ميتة لعموم قوله تعالى فكلوا مما أمسكن
عليكم ولعموم قوله تعالى تناله أيديكم ورماحكم فمن غلب حكم الصيد
وهو العقر مطلقا قال يؤكل العضو المقطوع من الصيد والصيد ومن حمل الحديث
على الإنسي ومن حمله على الوحشي والإنسي استثنى من ذلك العموم
بالحديث العضو المقطوع فقال يؤكل الصيد دون العضو البائن ومن اعتبر
في ذلك الحياة المستقرة أعني في قوله وهي حية فرق بين أن يكون
العضو مقتلا أو غير مقتل

الباب الرابع في شروط القانص

وشروط القانص هي شروط الذابح نفسه وقد تكلمنا في ذلك في
كتاب الذبائح المتفق منها والمختلف فيها ويخص الاصطياد في البر شرط
زائد وهو ألا يكون محرما ولا خلاف في ذلك لقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر
ما دمتم حرما فإذا اصطاد محرم فهل يحل ذلك الصيد للحلال أم هو ميتة لا يحل
لأحد أصلا اختلف فيه الفقهاء فذهب مالك إلى أنه ميتة وذهب الشافعي
وأبو حنيفة وأبو ثور إلى أنه يجوز للحلال أكله. وسبب اختلافهم هو الأصل

للحلال
الحنفية

١١
هو أن من أصل المشهور هو هل النهي يعود بفساد المنهي عنه أم لا وذلك
[illegible] لأنه من السارق أو الغاصب. واختلفوا من هذا الباب في كلب المجوسي
المعلم فقال مالك الاصطياد به جائز فإن المعتبر الصائد لا الآلة وبه قال
الشافعي وأبو حنيفة وكرهه جابر بن عبد الله والحسن وعطاء ومجاهد والثوري
لأن الخطاب في قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين يتوجه نحو المؤمنين
وهذا كاف بحسب المقصود من هذا الباب.

كتاب الأطعمة

والقول في أصول هذا الباب يتعلق بجملتين الجملة الأولى نذكر فيها المحرمات
في حال الاختيار. والجملة الثانية نذكر فيها أحوالها في حال الاضطرار.

الجملة الأولى

والأغذية الإنسانية نبات وحيوان. فأما
الحيوان الذي يغتذى به فمنه حلال في الشرع ومنه حرام. وهذا منه بري ومنه
بحري. والمحرمة منها ما يكون محرمة لعينها ومنها ما يكون لسبب
وارد عليها وهي بالجملة تسعة: الميتة والمنخنقة والموقوذة
والمتردية والنطيحة وما أكل السبع وكل ما نقصه شرط من شروط
التذكية من الحيوان الذي التذكية شرط في أكله والجلالة والطعام الحلال
يخالطه نجس. فأما الميتة فاتفق العلماء على تحريم ميتة البر واختلفوا
في ميتة البحر على ثلاثة أقوال فقال قوم هي حلال بإطلاق وقال قوم هي حرام
بإطلاق وقال قوم ما طفا من السمك حرام وما جزر عنه البحر فهو حلال.
وسبب اختلافهم تعارض الآثار في هذا الباب ومعارضة عموم الكتاب
لبعضها وموافقته لبعض. فأما العموم فهو قوله تعالى حرمت عليكم الميتة. وأما
الآثار المعارضة لهذا العموم فحديثان ثابتان أحدهما متفق عليه والآخر مختلف
فيه. أما المتفق عليه فحديث جابر وفيه أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه
وسلم وجدوا حوتا يسمى العنبر أو دابة قد جزر عنها البحر فأكلوا منها

هل بضعة عشر يوما او شهرا ثم قدموا على رسول الله صلى الله عليه وسلم
فاخبروه فقال أمعكم من لحمه شيء فارسلوا منه الى رسول الله صلى الله
عليه وسلم فاكله . والحديث الثاني رواه مالك عن ابي هريرة انه سئل عن
ماء البحر فقال هو الطهور ماؤه الحل ميتته . واما الحديث المعارض لهذين
فما روى اسماعيل بن امية عن ابي الزبير عن جابر عن النبي صلى الله عليه
وسلم قال ما القى البحر او جزر عنه فكلوه وما طفا فلا تاكلوه وهو حديث
اضعف عندهم من حديث مالك . وسبب ضعف حديث مالك ان في روايته من
ورد لا يعرف وانه من طريق واحد . وقال ابو عمر بن عبد البر هو صحيح ورواية تعرف
وقد ورد من طرق . وسبب ضعف حديث جابر ان الثقات اوقفوه على
جابر بن حسن ورجح حديث جابر على حديث ابي هريرة لتشبثه بعموم
انه لم يستثن من ذلك الا ما جزر عنه البحر الذي يرد في ذلك تعارض
ومن رجح حديث ابي هريرة قال بالاباحة مطلقا . ومن قال بالمنع مطلقا
فمصير الى ترجيح عموم الكتاب . وبالاباحة مطلقا قال مالك والشافعي
وبالمنع مطلقا قال ابو حنيفة وقال قوم عموموا بالعين .
واما المنخنقة التي ذكر الله مع الميتة فلا خلاف ان حكمها عندهم
حكم الميتة . واما الجلالة وهي التي تاكل النجاسة فاختلفوا في
اكلها . وسبب اختلافهم تعارض القياس والاثر فاما الاثر فما روي
انه عليه السلام نهى عن لحوم الجلالة والبانها خرجه ابو داود عن
ابن عمر . واما القياس المعارض لهذا فهو ان ما يرد جوف الحيوان ينقلب
الى لحم ذلك الحيوان وسائر اجزائه فاذا قلنا ان لحم ذلك الحيوان حلال وجب
ان يكون لما ينقلب من ذلك حكم ما انقلب اليه وهو اللحم كما لو انقلب ترابا
وكانقلاب الدم لحما . والشافعي يحرم الجلالة ومالك يكرهها
. واما النجاسة تخالط الحلال فالاصل فيه الحديث المشهور من حديث
ابي هريرة وميمونة انه سئل عليه السلام عن الفارة تقع في السمن

في السمن فقال ان كان جامدا فاطرحوها وما حولها وكلوا الباقي وان كان ذائبا 12
فاريقوه او فلا تقربوه . وللعلماء في النجاسة تخالط المطعومات الحلال
مذهبان احدهما مذهب من يعتبر في التحريم المخالطة فقط وان لم يتغير
للطعام لون او رائحة او طعم من قبل النجاسة التي خالطته وهو المشهور
والذي عليه الجمهور . والثاني مذهب من يعتبر في ذلك التغير وهو
قول اهل الظاهر ورواية عن مالك . وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم
الحديث وذلك ان منهم من جعله من باب الخاص اريد به الخاص وهم اهل الظاهر
فقالوا هذا الحديث يمر على ظاهره وسائر الاشياء يعتبر فيها تغيرها
بالنجاسة ومنهم من جعله من باب الخاص اريد به العام وهم الجمهور فقالوا
المفهوم منه ان كل ما تخالطه النجس ينجس الحلال الا انه لم يفصل السمن
الذائب بين ان يكون جامدا او ذائبا لوجود المخالطة القليلة والكثيرة فلما
لم يفرق بينهما فهذا نهم اقتصروا من بعض الحديث على ظاهره ومن بعضه
على القياس عليه ولذلك امره الظاهرية كله على ظاهره .
واما المحرمات لعينها فاتفق المسلمون منها على اثنين لحم الخنزير والدم
فاما الخنزير فاتفقوا على تحريم شحمه ولحمه وجلده . واختلفوا في الا
نتفاع بشعره وفي طهارة جلده وقد تقدم ذلك في كتاب الطهارة .
واما الدم فاتفقوا على تحريم المسفوح منه من الحيوان المذكى واختلفوا
في غير المسفوح منه وكذلك اختلفوا في دم الحوت فمنهم من رآه نجسا
ومنهم من لم يره نجسا والاختلاف في هذا كله موجود في مذهب مالك
وخارج عنه . وسبب اختلافهم في غير المسفوح معارضة الاطلاق
للتقييد وذلك ان قوله تعالى حرمت عليكم الميتة والدم يقتضي تحريم
مسفوح الدم وغيره وقوله تعالى او دما مسفوحا يقتضي بحسب دليل
الخطاب تحريم المسفوح فقط فمن رد المطلق الى المقيد اشترط في
التحريم السفح ومن رأى ان الاطلاق يقتضي حكما زائدا على التقييد .

وقال ابو هريرة ان الله تعالى يكتب لعبده المومن بالحسنة الواحدة الف الف حسنة وقيل يكتب له الفي الف حسنة

ثم تلا ان الله لا يظلم مثقال ذرة الاية

وان معارضة المقيد للمطلق انما هو من باب دليل الخطاب والمطلق عام والعام
اقوى من دليل الخطاب فقضى بالمطلق على المقيد وقال بتحريم قليل الدم
وكثيره والسفح المشترط في حلية ما هو في دم الحيوان المذكى
اعني الذي يسيل عند التذكية من الحيوان الحلال الاكل وان ما يسيل
من الحيوان الحي فقليله وكثيره حرام وكذلك الدم من الحيوان المحرم
الاكل وان ذكي فقليله وكثيره حرام ولا خلاف في هذا واما سبب
اختلافهم في دم الحوت فمعارضة العموم للقياس اما العموم فقوله
تعالى والدم واما القياس فما يمكن ان يتوهم من كون الدم تابعا في
التحريم لميتة الحيوان اعني ان ما حرمت ميتته حرم دمه وما حلت
ميتته حل دمه ولذلك راى مالك ان ما لا دم له فليس بميتة وقد تكلمنا
في هذه المسالة في كتاب الطهارة ويذكر الفقهاء في هذا حديثا
مخصصا لعموم الدم وهو قوله عليه السلام احلت لنا ميتتان ودمان
وهذا الحديث في غالب ظني ليس هو في الكتب المشهورة من كتب
الحديث واما المحرمات لعينها المختلف فيها فاربعة احدها
لحوم السباع من الطير ومن ذوات الاربع والثاني لحوم ذوات الحافر الا
نسية والثالث لحوم الحيوان المامور بقتله في الشرع والرابع
لحوم الحيوانات التي تعافها النفوس وتستخبثها بالطبع وحكى
ابو حامد رحمه الله عن الشافعي انه يحرم لحوم الحيوان المنهي عن قتله
كالخطاف والنحل فيكون هذا جنسا خامسا من المختلف فيه

المسالة الاولى فاما السباع ذوات الاربع فروى ابن القاسم
عن مالك انها مكروهة وعلى هذا القول عول جمهور اصحابه وهو المنصور
عندهم وذكر مالك في موطئه ما دليله انها عنده محرمة وذلك انه
قال بعقب حديث ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال اكل كل ذي ناب
من السباع حرام وعلى ذلك الامر عندنا والى تحريمها ذهب الشافعي

16 الشافعي واشهب وابو حنيفة الا انهم اختلفوا في جنس السباع
ما يؤكل المحرمة فقال ابو حنيفة كل ما اكل اللحم فهو سبع حتى الفيل والضبع
واليربوع عنده من السباع وكذلك السنور وقال الشافعي يؤ
كل الضبع والثعلب وانما السباع المحرمة التي تعدو على الناس كا
لاسد والنمر والذئب وكلا القولين في المذهب وجمهورهم
على ان القرد لا يوكل ولا ينتفع به وعند الشافعي ايضا ان الكلب
حرام لا ينتفع به لانه فهم من النهي عن سؤره نجاسة عينه وسبب
اختلافهم في تحريم لحوم السباع من ذوات الاربع معارضة الكتاب
للاثر وذلك ان ظاهر قوله تعالى قل لا اجد فيما اوحي الي محرما الاية ان ما
عدا المذكور في هذه الاية حلال وظاهر الثابت من حديث ابي ثعلبة
أَكْلِ الخشني انه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كل ذي ناب من
السباع ان السباع محرمة هكذا رواه البخاري ومسلم واما مالك
فما رواه في هذا المعنى من طريق ابي هريرة هو ابين في المعارضة
وهو ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اكل كل ذي ناب من السباع
حرام وذلك ان الحديث الاول قد يمكن الجمع بينه وبين الاية بان يحمل
النهي المذكور فيه على الكراهية واما حديث ابي هريرة فليس يمكن
الجمع بينه وبين الاية الا ان يعتقد انه ناسخ للاية عند من يرى ان الزيا
دة نسخ وان القران ينسخ بالسنة المتواترة فمن جمع بين حديث ابي
ثعلبة والاية حمل لحوم السباع على الكراهية ومن راى ان حديث ابي هريرة
تضمن زيادة على ما في الاية حرم لحوم السباع ومن اعتقد ان الضبع
والثعلب محرمين فاستنادا الى عموم لفظ السباع ومن خصص من
ذلك الضبع فمصيرا الى ما رواه عبد الرحمن بن عمار قال سالت جابر بن عبد
الله عن الضبع آكلها قال نعم قال اصيد هي قال نعم قلت سمعت ذلك
من رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نعم قالوا وهذا الحديث وان كان

النجي بن عبد الرحمن يضعفه عند جماعة أئمة الحديث ولما ثبت من إقراره على أكل الضب بين يديه . وأما سباع الطير فالجمهور على أنها حلال لمكان الآية المذكورة، وحرمها قوم لما جاء في حديث ابن عباس قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أكل كل ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير إلا أن هذا الحديث لم يخرجه الشيخان وإنما خرجه أبو داود .

وأما المسألة الثانية وهي اختلافهم في ذوات الحافر الإنسية أعني الخيل والبغال والحمير . فجمهور العلماء على تحريم لحم الحمر الإنسية إلا ما روي عن ابن عباس وعائشة أنهما كانا يبيحانها، وعن مالك أنه كان يكرهها، ورواية ثانية مثل قول الجمهور . وكذلك الجمهور على تحريم البغال، وقوم كرهوها ولم يحرموها وهو مروي عن مالك . وأما الخيل فذهب مالك وأبو حنيفة وجماعة إلى أنها محرمة، وذهب الشافعي وأبو يوسف ومحمد وجماعة إلى إباحتها .

والسبب في اختلافهم في الحمر الإنسية معارضة الآية المذكورة للأحاديث الثابتة في ذلك من حديث جابر وغيره قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية وأذن في لحوم الخيل . فمن جمع بين الآية وهذا الحديث حملها على الكراهية، ومن رأى النسخ قال بتحريم الحمر أو قال بالزيادة دون أن توجب عنده نسخا . وقد احتج من لم ير تحريمها بما روي عن أبي إسحاق الشيباني عن ابن أبي أوفى قال أصبنا حمرا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر وطبخناها فنادى منادي رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أكفئوا القدور بما فيها . قال ابن إسحاق فذكرت ذلك لسعيد بن جبير فقال إنما نهى عنها لأنها كانت تأكل الجلة . وأما اختلافهم في البغال فسببه معارضة دليل الخطاب في قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة وقوله مع ذلك في الأنعام لتركبوا منها ومنها تأكلون للآية الحاصرة للمحرمات لأنه يدل مفهوم الخطاب

١٩ الخطاب أن المباح في البغال إنما هو الركوب مع قياس البغل أيضا على الحمار . وأما سبب اختلافهم في الخيل فمعارضة دليل الخطاب في هذه الآية لحديث جابر ومعارضة قياس الفرس على البغل والحمار له، لكن إباحة لحم الخيل نص في حديث جابر فلا ينبغي أن يعارض بقياس ولا بدليل خطاب .

وأما المسألة الثالثة وهي اختلافهم في الحيوان المأمور بقتله في الحرم وهي الخمس المنصوص عليها الغراب والحدأة والعقرب والفأرة والكلب العقور، فإن قوما فهموا من الأمر بالقتل لها لما أضيف إلى هذا الذكر وحشي حلال يصيد لزم عن ذلك أن هذه ليست حيوانا حلالا مع النهي عن قتل البهائم المباحة إلا للأكل أن العلة في ذلك كونها محرمة، وهو مذهب الشافعي . وقوم فهموا من ذلك معنى التعدي لا معنى التحريم، وهو مذهب مالك وأبي حنيفة .

وأما المسألة الرابعة وهي التي تستخبثها النفوس كالحشرات والضفادع والسرطانات والسلحفات، فإن الشافعي حرمها وأباحها الغير . وسبب اختلافهم في مفهوم ما ينطلق عليه اسم الخبائث في قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث، فمن رأى أنها المحرمات بنص الشرع لم يحرم من ذلك ما تستخبثه النفوس مما لم يرد فيه نص، ومن رأى أن الخبائث هي ما تستخبثه النفوس قال هي محرمة . وأما ما حكاه أبو حامد عن الشافعي في تحريمه الحيوان المنهي عن قتله كالخطاف والنحل فإني لست أدري أين وقعت الآثار الواردة بذلك، ولعلها في غير الكتب المشهورة عندنا . وأما الحيوان البحري فإن العلماء أجمعوا على تحليل ما لم يكن منه موافقا بالاسم لحيوان في البر محرم . فقال مالك لا بأس بأكل جميع الحيوان البحري إلا أنه كره خنزير الماء وقال أنتم تسمونه خنزيرا . وقال ابن أبي ليلى والأوزاعي ومجاهد وجمهور العلما إلا أن منهم من يشترط في غير السمك التذكية وقد تقدم ذلك . وقال الليث

ابن سعد كره انسان الماء وخنزير الماء بلا بد لان على شي من الحيوانات
وسبب اختلافهم هو هل يتناول لغة او شرعا اسم الخنزير والانسان
خنزير الماء وانسانه وعلى هذا يجب ان يتطرق الاختلاف الى كل حيوان في
البحر مشارك بالاسم لحيوان محرم في البر مثل الكلب عند من يرى تحريمه
والنظر في هذه المسألة يرجع الى امرين احدهما هل هذه الاسماء لغوية
والثاني هل للاسم المشترك عموم بان انسان الماء وخنزيره يقولان
مع خنزير البر وانسانه بالاشتراك الاسم فمن سلم ان هذه الاسماء لغوية
وان للاسم المشترك عموم لزمه ان يقول بتحريمها ولذلك توقف مالك وقال
انتم تسمونه خنزيرا فهذه هي حال الحيوان المحرم الاكل في الشرع
والحيوان المباح الاكل. **واما النبات** الذي هو غذا فكله حلال
الا الخمر وسائر الانبذة المتخذة من العصارات التي تتخمر ومن العسل
نفسه. اما الخمر فانهم اتفقوا على تحريم قليلها وكثيرها
اعني التي هي من عصير العنب. واما الانبذة فانهم اختلفوا في القليل
منها الذي لا يسكر واجمعوا على ان المسكر منها حرام فقال جمهور
فقهاء الحجاز وجمهور المحدثين قليل الانبذة وكثيرها المسكرة حرام
وقال العراقيون ابراهيم النخعي من التابعين وسفيان الثوري وابن
ابي ليلى وشريك وابن شبرمة وابو حنيفة وسائر فقهاء الكو
فيين واكثر علماء البصريين ان المحرم من سائر الانبذة المسكرة هو
السكر نفسه لا العين. وسبب اختلافهم تعارض الاثار والاقيسة
في هذا الباب فللحجازيين في تثبيت مذهبهم طريقتان. الطريقة
الاولى الاثار الواردة في ذلك. والثانية تسمية الانبذة باجمعها
خمرا. فمن اشهر الاثار التي تمسك بها اهل الحجاز ما رواه مالك
عن ابن شهاب عن ابي سلمة بن عبد الرحمن عن عائشة انها قالت سئل رسول
الله صلى الله عليه وسلم عن البتع وعن نبيذ العسل فقال كل شراب

أسكر

Ell. J. 434

عن شراب اسكر حرام خرجه البخاري. وقال يحيى بن معين هذا اصح حديث روي
عن النبي عليه السلام في تحريم المسكر. ومنها ايضا ما خرجه مسلم عن ابن
عمر ان النبي عليه السلام قال كل مسكر خمر وكل خمر حرام فهذان حديثان
صحيحان. اما الاول فاتفق الكل عليه. واما الثاني فانفرد بتصحيحه مسلم
وخرج الترمذي وابو داود والنسائي عن جابر بن عبد الله ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال ما اسكر كثيره فقليله حرام وهو نص في مو
ضع الخلاف. واما الاستدلال الثاني من ان الانبذة كلها تسمى
خمرا فلهم في ذلك طريقتان احداهما من جهة اثبات الاسماء بطريق
الاشتقاق والثاني من جهة السماع فاما التي من جهة الاشتقاق
فانهم قالوا انه معلوم عند اهل اللغة ان الخمر انما سميت خمرا لمخامرتها
العقل فوجب ان ينطلق لغة اسم الخمر على كل ما خامر العقل وهذه الطريقة
من اثبات الاسماء فيها اختلاف بين الاصوليين وهي مرفوضة عند الخرا
سانيين. واما الطريقة الثانية التي من جهة السماع فانهم قالوا انه
وان لم يسلم لنا ان الانبذة تسمى في اللغة خمرا فانها تسمى خمرا
شرعا واحتجوا في ذلك بحديث ابن عمر المتقدم وما روي عن ابي هريرة
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الخمر من هاتين الشجرتين النخلة
والعنبة وما روي عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان من العنب
خمرا ومن العسل خمرا ومن الزبيب خمرا ومن الحنطة خمرا وانا انهاكم
عن كل مسكر فهذه هي عمدة الحجازيين في تحريم الانبذة.
واما الكوفيون فانهم تمسكوا لمذهبهم بظاهر قوله تعالى ومن ثمرات
النخيل والاعناب الاية وبآثار رووها في هذا الباب وبالقياس المعنوي
اما احتجاجهم بالاية فانهم قالوا السكر هو المسكر ولو كان محرم العين
لما سماه الله رزقا حسنا واما الاثار التي احتجوا بها في هذا الباب
فمن اشهرها عندهم حديث ابي عون الثقفي عن عبد الله بن شداد عن

النبي عليه السلام قال حرمت الخمر لعينها والسكر من غيرها قالوا وهذا
نص لا يحتمل التاويل وضعفه اهل الحجاز لان بعض رواته روى والمسكر من غيرها
ومنها حديث شريك بن عبد الله عن سماك بن حرب باسناده عن ابي بردة بن نيار
قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اني كنت نهيتكم عن الشراب في
الاوعية فاشربوا فيما بدا لكم ولا تسكروا واخرجه الطحاوي ورووا عن
ابن مسعود انه قال شهدت تحريم النبيذ كما شهدتم ثم شهدت
تحليله فحفظت ونسيتم ورووا عن ابي موسى قال بعثني رسول الله صلى
الله عليه وسلم انا ومعاذ الى اليمن فقلنا يا رسول الله ان بها شرابين
يصنعان من البر والشعير احدهما يقال له المزر والاخر يقال له البتع فما
نشرب فقال عليه السلام اشربا ولا تسكرا خرجه الطحاوي ايضا
الى غير ذلك من الاثار التي ذكروها في هذا الباب . واما احتجاجهم
من جهة النظر فانهم قالوا قد نص القران ان علة التحريم في الخمر انما هي
الصد عن ذكر الله ووقوع العداوة والبغضاء كما قال تعالى انما يريد الشيطان
ان يوقع بينكم العداوة الاية وهذه العلة توجد في القدر المسكر لا فيما
دون ذلك فوجب ان يكون ذلك القدر هو الحرام الا ما انعقد عليه
الاجماع من تحريم قليل الخمر وكثيرها قالوا وهذا النوع من القياس
يلحق بالنص وهو القياس الذي ينبه الشرع على العلة فيه وقال
المتاخرون من اهل النظر حجة الحجازيين من طريق السمع اقوى وحجة
العراقيين من طريق القياس اظهر واذا كان هذا كما قالوا فيرجع الخلاف
الى اختلافهم في تغليب الاثر على القياس او تغليب القياس على الاثر
اذا تعارضا وهي مسالة مختلف فيها لكن الحق ان الاثر اذا كان نصا ثابتا
فالواجب ان يغلب على القياس واما اذا كان ظاهر اللفظ محتملا للتاويل
فهنا يتردد النظر هل يجمع بينهما بان يتاول اللفظ او يغلب ظاهر
اللفظ على مقتضى القياس وذلك مختلف بحسب قوة لفظ من

من الالفاظ الظاهرة وقوة قياس من القياسات التي تقابلها ولا يدرك
الفرق بينهما الا بالذوق العقلي كما يدرك الموزون من الكلام من غير
الموزون وربما كان الذوقان على التساوي ولذلك كثر الاختلاف في هذا
النوع حتى قال كثير من الناس كل مجتهد مصيب .
قال ابو الوليد رحمه الله والذي يظهر لي والله اعلم ان قوله عليه السلام كل
مسكر حرام وان كان يحتمل ان يراد به القدر المسكر لا الجنس المسكر فان
ظهوره في تعليق التحريم بالجنس اغلب على الظن من تعليقه بالقدر
لمكان معارضة ذلك القياس له على ما تاوله الكوفيون فانه لا يبعد ان
يحرم الشارع قليل المسكر وكثيره سدا للذريعة وتغليظا مع ان الضرر
انما يوجد في الكثير وقد ثبت من حال الشرع بالاجماع انه اعتبر في الخمر
الجنس دون القدر فوجب كل ما وجدت فيه علة الخمر ان يلحق بالخمر وان
يكون على من زعم وجود الفرق اقامة الدليل على ذلك هذا ان لم يسلموا لنا
صحة قوله عليه السلام ما اسكر كثيره فقليله حرام فانه ان سلموه
لم يجدوا عنه انفكاكا فانه نص في موضع الخلاف ولا يصح ان تعارض النصوص
بالمقاييس وايضا فان الشرع قد اخبر ان في الخمر مضرة ومنفعة فقال
تعالى قل فيهما اثم كبير ومنافع للناس وكان القياس اذا قصد الجمع
بين انتفاء المضرة ووجود المنفعة ان يحرم كثيرها ويحل قليلها
فلما غلب الشرع حكم المضرة على المنفعة في الخمر ومنع القليل منها
والكثير وجب ان يكون الامر كذلك في كل ما يوجد فيه علة تحريم الخمر
الا ان يثبت في ذلك فارق شرعي . واتفقوا على ان الانتباذ حلال
ما لم تحدث فيه الشدة المطربة الخمرية لقوله عليه السلام فانتبذوا
وكل مسكر حرام ولما ثبت عنه عليه السلام انه كان ينتبذ له وانه كان
يريقه في اليوم الثاني او الثالث . واختلفوا من ذلك في مسالتين
احداهما في الاواني التي ينتبذ فيها والثانية في انتباذ شيئين مثل البسر

والرطب والتمر والزبيب . وأما المسألة الأولى فإنهم أجمعوا على جواز الانتباذ في الأسقية . واختلفوا فيما سواها فروى ابن القاسم عن مالك أنه كره الانتباذ في الدباء والمزفت ولم يكره غير ذلك وكره الثوري الانتباذ في الدباء والحنتم والنقير والمزفت . وقال أبو حنيفة وأصحابه لا بأس بالانتباذ في جميع الظروف والأواني وسبب اختلافهم اختلاف الآثار في هذا الباب وذلك أنه ورد من طريق ابن عباس النهي عن الانتباذ في الأربع التي كره بها الثوري وهو حديث ثابت وروى مالك عن ابن عمر في الموطأ أن النبي عليه السلام نهى أن ينتبذ في الدباء والمزفت وجاء في حديث جابر عن النبي عليه السلام من طريق شريك عن سماك أنه قال كنت نهيتكم أن تنتبذوا في الدباء والحنتم والنقير والمزفت فانتبذوا ولا أحل مسكرا وحديث أبي سعيد الخدري رواه مالك في الموطأ وهو أنه عليه السلام قال كنت نهيتكم عن الانتباذ فانتبذوا وكل مسكر حرام . فمن رأى أن النهي المتقدم الذي نسخ إنما كان الانتباذ في هذه الأواني إذ لم يبلغه هاهنا نص متقدم غير ذلك قال بجواز الانتباذ في كل شيء ومن قال إن النهي المتقدم الذي نسخ إنما كان نهيا عن الانتباذ مطلقا قال بقي النهي عن الانتباذ في هذه الأواني فمن اعتمد في ذلك حديث ابن عمر قال بالإناءين المذكورين فيه ومن اعتمد في ذلك حديث ابن عباس قال بالأربعة لأنه يتضمن زيادة والمعارضة بينه وبين حديث ابن عباس إنما هي من باب دليل الخطاب وفي كتاب مسلم النهي عن الانتباذ في الجر وفيه أنه رخص لهم فيه إذا كان غير مزفت .

. وأما المسألة الثانية . وهي انتباذ الخليطين فإن الجمهور قالوا بتحريم الخليطين من الأشياء التي من شأنها أن تقبل الانتباذ وقال قوم بل الانتباذ مكروه . وقال قوم هو مباح وقال قوم كل خليطين فهما حرام

6

[وإن] لم يكن ما يعتبر الانتباذ فيها أحسب الآن . والسبب في اختلافهم تردد نص في محل النهي الوارد في ذلك هل على الكراهة أو الحظر وإذا قلنا إنه على الحظر فهل يدل على فساد المنهي عنه أم لا وذلك أنه ثبت أنه عليه السلام نهى أن يخلط التمر والزبيب والزهو والرطب والبسر والزبيب وفي بعضها أنه قال عليه السلام لا تنتبذوا الزهو والزبيب جميعا ولا الزبيب والتمر جميعا وانتبذوا كل واحد منهما على حدته فيخرج في ذلك حسب التأويل الثلاثة الأقوال قول بالتحريم وقول بالتحليل مع الإثم في الانتباذ وقول بالكراهة ذلك . وأما من قال إنه مباح فلعله اعتمد في ذلك عموم الأمر بالانتباذ في حديث أبي سعيد الخدري وأما من منع كل خليطين فإما أن يكون ذهب إلى أن علة المنع هو الإسراع ما يحدث عن الاختلاط من السكر في النبيذ وإما أن يكون تمسك بعموم ما ورد به النهي عن الخليطين .

وأجمعوا على أن الخمر إذا تخللت من ذاتها جاز أكلها . واختلفوا إذا قصد تخليلها على ثلاثة أقوال التحريم والكراهة والإباحة . وسبب اختلافهم معارضة القياس للأثر واختلافهم في مفهوم الأثر وذلك أن أبا داود خرج من حديث أنس بن مالك أن أبا طلحة سأل النبي عليه السلام عن أيتام ورثوا خمرا فقال أهرقها قال أفلا أجعلها خلا قال لا فمن فهم من المنع سد ذريعة حمل ذلك على الكراهة ومن فهم النهي لغير علة قال بالتحريم ويخرج على هذا ألا تحريم أيضا على مذهب من يرى أن النهي لا يعود على فساد المنهي عنه والقياس المعارض لحمل الأثر على التحريم أنه قد علم من ضرورة الشرع أن الأحكام إنما هي للذوات المختلفة وذات الخمر غير ذات الخل والخل بالإجماع حلال فإذا انقلبت ذات الخمر إلى ذات الخل وجب أن يكون حلالا كيفما انتقل .

الجملة الثانية . في استعمال المحرمات في حال الاضطرار

Ed. I. 438

Ed. I. 438

والاصل في هذا الباب قوله تعالى وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم
اليه . والنظر في هذا الباب في السبب المحلل وفي جنس الشي المحلل
وفي مقداره . فاما السبب فهو ضرورة التغذي اعني اذا لم يجد
شيا حلالا يتغذى به وهو لا خلاف فيه . والسبب الثاني طلب البرء
وهذا مختلف فيه فمن اجازه احتج باباحة النبي عليه السلام الحرير
لعبد الرحمن بن عوف لمكان حكة به ومن منعه فلقوله عليه السلام
ان الله لم يجعل شفا امتي فيما حرم عليهم . واما جنس الشي
المستباح فهو كل شي محرم مثل الميتة وغيرها . والاختلاف في
الخمر عندهم هو من قبل التداوي بها لا من قبل استعمالها في التغذي
ولذلك اجازوا للعطشان ان يشربها ان كان منها ري وللشرق ان
يزيل شرقه بها . واما مقدار ما يوكل من الميتة وغيرها فان
مالكا قال حد ذلك الشبع والتزود منها حتى يجد غيرها . وقال
الشافعي وابو حنيفة لا ياكل منها الا ما يمسك الرمق وبه قال
بعض اصحاب مالك . والسبب في الخلاف هل المباح له في حال
الاضطرار هو جميعها ام ما يمسك الرمق فقط والظاهر انه جميعها
لقوله تعالى فمن اضطر غير باغ ولا عاد . واتفق مالك والشافعي على
انه لا يحل للمضطر اكل الميتة اذا كان عاصيا بسفره لقوله تعالى غير باغ
ولا عاد وذهب غيرهما الى جواز ذلك .

كتاب النكاح

واصول هذا الكتاب تنحصر في خمسة ابواب . الباب الاول في مقد
مات النكاح . الباب الثاني في موجبات صحة النكاح . الباب
الثالث في موجب الخيار في النكاح . الباب الرابع في حقوق الزوجية
. الباب الخامس في الانكحة المنهي عنها والفاسدة .

الباب الاول

وفي هذا الباب اربع مسايل
[illegible] وفي حكم خطبة النكاح وفي الخطبة على الخطبة
[illegible] المخطوبة قبل التزويج . فاما حكم النكاح فقال قوم هو
[illegible] الجمهور . وقال اهل الظاهر هو واجب . وقالت
[illegible] المالكية هو في حق بعض الناس واجب وفي حق بعضهم
[illegible] وفي حق بعضهم مباح وذلك عندهم بحسب ما يخاف على
[illegible] العنت . وسبب اختلافهم هل تحمل صيغة الامر في قوله تعالى
[illegible] لكم من النسا وفي قوله عليه السلام تناكحوا فاني
[illegible] الامم وما اشبه ذلك من الاخبار الواردة في ذلك على الوجوب
ام على الندب ام على الاباحة . فاما من قال انه في حق بعض الناس واجب
وفي حق بعضهم مندوب اليه وفي حق بعضهم مباح فهو التفات الى
المصلحة وهذا النوع من القياس هو الذي يسمى المرسل وهو الذي
ليس له اصل معين يستند اليه وقد انكره كثير من العلما والظاهر
من مذهب مالك القول به . واما خطبة النكاح المروية عن النبي صلى
الله عليه وسلم فقال الجمهور انها ليست واجبة وقال داود هي
واجبة . وسبب الخلاف هل يحمل فعله عليه السلام في ذلك على
الوجوب او على الندب . واما الخطبة على الخطبة فان النهي في
ذلك ثابت عن النبي عليه السلام . واختلفوا هل يدل ذلك على فساد
المنهي عنه او لا يدل وان كان يدل ففي اي حالة يدل فقال داود يفسخ
وقال الشافعي وابو حنيفة لا يفسخ وعن مالك القولان جميعا وثالث
وهو انه يفسخ قبل الدخول ولا يفسخ بعده . وقال ابن القاسم انما معنى النهي
اذا خطب رجل صالح على خطبة رجل صالح واما ان كان الاول غير صالح والثاني
صالحا جاز . واما الوقت فعند الاكثر هو اذا ركن بعضهم الى بعض
لا في اول الخطبة بدليل حديث فاطمة بنت قيس حيث جاءت الى النبي عليه

السلام فذكرت له ان ابا جهم بن حذيفة ومعاوية بن ابي [illegible] فقال اما ابو جهم فرجل لا يرفع عصاه عن النساء واما معاوية فصعلوك لا مال له ولكن انكحي اسامة. واما النظر الى المراة عند الخطبة فاجاز ذلك مالك الى الوجه والكفين فقط [illegible] الى جميع البدن سوى السوءتين ومنع ذلك قوم [illegible] ابو حنيفة النظر الى القدمين مع الوجه والكفين [illegible] فيهم انه ورد الامر بالنظر اليهن مطلقا وورد بالمنع مطلقا [illegible] اعني بالوجه والكفين على ما قاله كثير من العلماء في [illegible] زينتهن الا ما ظهر منها انه الوجه والكفان وعلى جواز كشفهما في الحج عند الاكثر ومن منع تمسك بالاصل وهو تحريم النظر الى النساء [illegible]

الباب الثاني في موجبات صحة النكاح

وهذا الباب ينقسم الى ثلاثة اركان. الركن الاول في معرفة كيفية هذا العقد. والركن الثاني في معرفة محل هذا العقد. الثالث في معرفة شروط هذا العقد.

الركن الاول في الكيفية

والنظر في هذا الركن في مواضع في كيفية الاذن المنعقد به ومن المعتبر رضاه في لزوم هذا العقد وهل يجوز عقده على الخيار ام لا يجوز وهل ان تراخى القبول من احد المتعاقدين لزم العقد ام من شرط ذلك الفور. الرابع

الموضع الاول: الاذن في النكاح على ضربين فهو واقع في حق الرجال والثيب من النساء بالالفاظ وفي الابكار المستاذنات واقع بالسكوت اعني الرضا واما الرد فباللفظ ولا خلاف في هذه الجملة الا ما حكي عن اصحاب الشافعي ان اذن البكر اذا كان المنكح غير اب ولا جد بالنطق وانما صار الجمهور الى ان اذنها بالصمت للثابت من قوله عليه السلام الايم احق بنفسها من وليها والبكر تستامر في نفسها واذنها صماتها. واتفقوا على انعقاد النكاح بلفظ النكاح ممن اذنه اللفظ وكذلك بلفظ التزويج. واختلفوا في انعقاده بلفظ الهبة او بلفظ البيع

او بلفظ الصدقة فاجازه قوم وبه قال مالك وابو حنيفة وقال الشافعي لا ينعقد الا بلفظ النكاح او التزويج. وسبب اختلافهم هل هو عقد يعتبر فيه مع النية اللفظ الخاص به ام ليس من صحته اعتبار اللفظ فمن الحقه بالعقود التي يعتبر فيها الامران قال لا نكاح منعقد الا بلفظ النكاح او التزويج ومن قال ان اللفظ ليس من شرطه اجاز النكاح باي لفظ اتفق اذا فهم المعنى الشرعي من ذلك اعني اذا كان بينه وبين المعنى الشرعي مشاركة.

الموضع الثاني: واما من يعتبر قبوله في صحة هذا العقد فانه يوجد في الشرع على ضربين احدهما يعتبر فيه رضا المتناكحين انفسهما اعني الزوجين اما مع الولي واما دونه على مذهب من لا يشترط الولي. والثاني يعتبر فيه رضا الاولياء فقط وفي كل واحد من هذين القسمين مسائل اتفقوا عليها ومسائل اختلفوا فيها ونحن نذكر منها قواعدها واصولها. فنقول اما الرجال البالغون الاحرار المالكون لامر انفسهم فانهم اتفقوا على اشتراط رضاهم وقبولهم في صحة النكاح. واختلفوا هل يجبر العبد سيده والوصي محجوره البالغ ام ليس يجبره فقال مالك يجبر السيد عبده على النكاح وبه قال ابو حنيفة وقال الشافعي لا يجبره. والسبب في اختلافهم هل النكاح من حقوق السيد ام ليس من حقوقه وكذلك اختلفوا في جبر الوصي محجوره والخلاف في ذلك موجود في المذهب. وسبب اختلافهم هل النكاح مصلحة من مصالح المنظور له ام ليس بمصلحة وانما طريقه الملاذ وعلى القول بان النكاح واجب لا ينبغي ان يتوقف في ذلك. واما النساء اللاتي يعتبر رضاهن في النكاح فاتفقوا على اعتبار رضا الثيب البالغ لقوله عليه السلام الثيب تعرب عن نفسها الا ما حكي عن الحسن البصري. واختلفوا في البكر البالغ فقال مالك والشافعي وابن ابي ليلى للاب فقط ان يجبرها على النكاح. وقال ابو حنيفة والثوري والاوزاعي وابو ثور وجماعة لا بد من اعتبار رضاها ووافقهم مالك في البكر المعنسة على احد القولين. وسبب اختلافهم معارضة دليل

الخطاب في هذا العموم. وذلك ان ما روي عنه عليه السلام من قوله لا تنكح
اليتيمة الا باذنها وقوله تستامر اليتيمة في نفسها اخرجه ابو داود
المفهوم منه بدليل الخطاب ان ذات الاب بخلاف اليتيمة وقوله عليه
السلام في حديث ابن عباس المشهور والبكر تستامر يوجب بعمومه
استيمار كل بكر والعموم اقوى من دليل الخطاب مع انه خرج مسلم في حديث
ابن عيينة زيادة وهو انه قال عليه السلام والبكر يستاذنها ابوها وهو
نص في موضع الخلاف. واما الثيب غير البالغ فان مالكا وابا حنيفة قالا
يجبرها الاب على النكاح وقال الشافعي لا يجبرها وقال المتاخرون في
المذهب فيها ثلاثة اقوال قول ان الاب يجبرها ما لم تبلغ بعد الطلاق وهو
قول اشهب وقول انه يجبرها وان بلغت وهو قول سحنون وقول انه لا يجبرها
وان لم تبلغ وهو قول ابي تمام. والذي حكيناه عن مالك هو الذي حكاه اهل
مسائل الخلاف كابن القصار وغيره عنه. وسبب اختلافهم ايضا معارضة
دليل الخطاب للعموم وذلك ان قوله عليه السلام تستامر اليتيمة في
نفسها ولا تنكح اليتيمة الا باذنها يفهم منه ان ذات الاب لا تستامر الا
ما اجمع عليه الجمهور من استيمار الثيب البالغ وعموم قوله عليه السلام
الثيب احق بنفسها من وليها يتناول البالغ وغير البالغ وكذلك قوله
لا تنكح الايم حتى تستامر ولا تنكح البكر حتى تستاذن يدل بعمومه على ما قاله
الشافعي واختلافهم في هاتين المسالتين سببه آخر وهو استنباط
القياس من موضع الاجماع وذلك انهم لما اجمعوا على ان الاب يجبر البكر غير
البالغ وانه لا يجبر الثيب البالغ الا خلافا شاذا فيهما جميعا كما قلنا
اختلفوا في موجب الاجبار هل هو البكارة او الصغر فمن قال الصغر قال لا يجبر
البكر البالغ ومن قال البكارة قال يجبر البكر البالغ ولا يجبر الثيبة الصغيرة ومن قال
كل واحد يوجب الاجبار اذا انفرد قال يجبر البكر البالغ والثيب غير البالغ والتعليل
الاول تعليل ابي حنيفة والثاني تعليل الشافعي والثالث تعليل مالك والاول

والاصول اكثر تشهد لتعليل ابي حنيفة واختلفوا في الثيوبة التي ترفع الاجبار
وتوجب النطق بالرضا فذهب مالك وابو حنيفة الى انها الثيوبة التي تكون
بنكاح صحيح او شبهة نكاح او ملك وانها لا تكون بزنا ولا بغصب. وقال
الشافعي كل ثيوبة ترفع الاجبار. وسبب اختلافهم هل يتعلق الحكم في
قوله عليه السلام الثيب احق بنفسها من وليها بالثيوبة الشرعية ام با
لثيوبة اللغوية. واتفقوا على ان الاب يجبر ابنه الصغير على النكاح وكذلك ابنته
الصغيرة البكر ولا يستامرها لما ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم زوج
عايشة بنت ست او سبع وبنا بها بنت تسع بانكاح ابي بكر ابيها الا ما
روي من الخلاف عن ابن شبرمة واختلفوا من ذلك في مسالتين احداهما
هل يزوج الصغيرة غير الاب ام لا فقال الشافعي يزوجها الجد ابو الاب والاب
فقط وقال مالك لا يزوجها الا الاب فقط او من جعل له الاب ذلك اذا عين
الزوج الا ان يخاف عليها الضيعة والفساد. وقال ابو حنيفة يزوج
الصغيرة كل من له عليها ولاية من اب او قريب وغير ذلك ولها الخيار اذا
بلغت. وسبب اختلافهم معارضة العموم للقياس وذلك ان قوله عليه
السلام والبكر تستامر في نفسها واذنها صماتها يقتضي العموم في كل
بكر الا ذات الاب التي خصصها الاجماع الا الخلاف الذي ذكرناه وكون سائر الاولياء
معلوم منهم النظر والمصلحة لوليتهم يوجب ان يلحقوا بالاب في هذا المعنى
فمنهم من الحق به جميع الاولياء ومنهم من الحق به الجد فقط لانه في معنى الاب
اذ كان ابا اعلى وهو الشافعي ومن قصر ذلك على الاب راى ان ما للاب في
ذلك غير موجود لغيره اما من قبل ان الشرع خصه بذلك واما من قبل ان ما
يوجد فيه من الرافة والرحمة لا يوجد في غيره وهو الذي ذهب اليه مالك
وما ذهب اليه اظهر والله اعلم الا ان يكون هنالك ضرورة. وقد احتج
الحنفية بجواز انكاح الصغار غير الاباء بقوله تعالى وان خفتم الا تقسطوا في
اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء قالوا واليتيم لا ينطلق الا على غير البالغة

والسبب الثاني ان الاسم اليتيم قد يطلق على البالغة بدليل قوله تستأمر اليتيمة والمستأمرة هي من اهل الاذن وهي البالغة فيكون لاختلافهم سبب آخر وهو اشتراك اسم اليتيم. وقد احتج من لم يجز عقد غير الاب لها بقوله عليه السلام تستأمر اليتيمة في نفسها قالوا والصغيرة ليست من اهل الاستئمار باتفاق فوجب المنع. ولأولئك أن يقولوا ان هذا حكم اليتيمة التي هي من اهل الاستئمار. واما الصغيرة فمسكوت عنها. واما هل يزوج الولي غير الاب الصغيرة فان مالكا اجازه للوصي وابا حنيفة اجازه للاولياء الا ان ابا حنيفة اوجب الخيار لها اذا بلغت ولم يوجب ذلك مالك. وقال الشافعي ليس لغير الاب انكاحها. وسبب اختلافهم قياس غير الاب في ذلك على الاب فمن رأى ان الاجتهاد الموجود فيه الذي جاز للاب ان يزوج الصغيرة لا يوجد في غير الاب لم يجز ذلك ومن فرق بين الصغيرة في ذلك والصغير فلأن الرجل يملك الطلاق اذا بلغ ولا تملكه المرأة ولذلك جعل ابو حنيفة لها الخيار اذا بلغت.

واما الموضع الثالث

وهو هل يجوز عقد النكاح على الخيار فان الجمهور على انه لا يجوز وقال ابو ثور يجوز. والسبب في اختلافهم تردد النكاح بين البيوع التي لا يجوز فيها الخيار والبيوع التي يجوز فيها الخيار. واما تراخي القبول من احد الطرفين فاجاز مالك من ذلك التراخي اليسير ومنعه قوم واجازه قوم وذلك مثل ان ينكح الولي امرأة بغير اذنها فيبلغها النكاح فتجيزه وممن اجازه مطلقا ابو حنيفة واصحابه والتفرقة بين الامد الطويل والقصير لمالك. وسبب الخلاف هل من شرط الانعقاد وجود القبول من المتعاقدين في وقت واحد معا ام ليس من شرطه ومثل هذا الخلاف عرض في البيع.

الركن الثاني في شروط العقد

وفيه ثلاثة فصول. الفصل الاول في الاولياء. الثاني في الشهود. الثالث في الصداق.

الفصل الاول

والنظر في الاولياء في مواضع اربعة. الاول في اشتراط الولاية في صحة النكاح. الموضع الثاني في صفة

البيوع لشد منه في النكاح واما الموضع الرابع وهو تراخي القبول في العقد من احد ...

في صفة الولي. الثالث في اصناف الاولياء وترتيبهم في الولاية في صحة النكاح وما يتعلق بذلك. الرابع في عضل الاولياء وليتهم وحكم الاختلاف الواقع بين الولي والمرأة في ذلك.

الموضع الاول

اختلف العلماء هل الولاية شرط من شروط صحة النكاح ام ليست بشرط. فذهب مالك الى انه لا يكون نكاح الا بولي وانها شرط في الصحة في رواية اشهب عنه وبه قال الشافعي. وقال ابو حنيفة وزفر والشعبي والزهري اذا عقدت المرأة نكاحها بغير ولي وكان كفؤا جاز. وفرق داود بين البكر والثيب فقال باشتراط الولي في البكر وعدم اشتراطه في الثيب. ويتخرج على رواية ابن القاسم عن مالك في الولاية قول رابع وهو ان اشتراطها سنة لا فرض وذلك انه روي عنه انه كان يرى الميراث بين الزوجين بغير ولي وانه يجوز للمرأة غير الشريفة ان تستخلف رجلا من الناس على انكاحها فكأنه عنده من شروط التمام لا من شروط الصحة بخلاف عبارة البغداديين من اصحاب مالك اعني انهم يقولون انها من شروط الصحة لا من شروط التمام. وسبب الاختلاف انه لم تأت آية ولا سنة هي ظاهرة في اشتراط الولاية في النكاح فضلا عن ان يكون في ذلك نص بل الآية والسنن التي جرت العادة بالاحتجاج بها عند من يشترطها هي كلها محتملة وكذلك الآيات والسنن التي يحتج بها من يشترط اسقاطها هي ايضا محتملة في ذلك وان كان المسقط لها ليس عليه دليل لان الاصل براءة الذمة. ونحن نورد مشهور ما احتج به الفريقان ونبين وجه الاحتمال في ذلك. فمن اظهر ما يحتج به من الكتاب من اشتراط الولاية قوله تعالى فاذا بلغن اجلهن فلا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن قالوا وهذا خطاب للاولياء ولو لم يكن لهم حق في الولاية لما نهوا عن العضل. وقوله تعالى ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا قالوا وهذا خطاب للاولياء. ومن اشهر ما احتج به هؤلاء من الاحاديث ما رواه الزهري عن عروة عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ايما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل ثلاث مرات

وان دخل بها فالمهر لها بما اصاب منها فان اشتجروا فالسلطان ولي
من لا ولي له خرجه الترمذي وقال فيه حديث حسن. واما ما احتج به من لم
يشترط الولاية من الكتاب والسنة فقوله تعالى فلا جناح عليكم فيما
فعلن في انفسهن قالوا وهذا دليل على جواز تصرفها في العقد على نفسها
قالوا وقد اضاف اليهن في غير ما اية من الكتاب الفعل فقال ان ينكحن ازواجهن
وقال حتى تنكح زوجا غيره. واما من السنة فاحتجوا بحديث ابن عباس المتفق
على صحته وهو قوله عليه السلام الايم احق بنفسها من وليها والبكر
تستامر في نفسها واذنها صماتها وبهذا الحديث احتج داود في الفرق
عنده بين الثيب والبكر في هذا المعنى فهذا ما احتج به الفريقان من السماع
فاما قوله تعالى فاذا بلغن اجلهن فلا تعضلوهن فليس فيه اكثر من نهي قرابة ع
المراة وعصبتها من ان يمنعوها من النكاح وليس نهيهم عن
العضل مما يفهم منه اشتراط اذنهم في صحة العقد لا حقيقة ولا مجازا
اعني بوجه من وجوه ادلة الخطاب الظاهر او النص بل قد يمكن ان يفهم منه
ضد هذا وهو ان الاولياء ليس لهم سبيل على من يلونهم وكذلك قوله تعالى
ولا تنكحوا المشركين حتى يومنوا هو ان يكون خطابا لاولي الامر من
المسلمين احرى منه ان يكون خطابا للاولياء وبالجملة فهو متردد
بين ان يكون خطابا للاولياء او لاولي الامر فمن احتج بهذه الاية فعليه
البيان انه اظهر في خطاب الاولياء منه في اولي الامر فان قيل هذا عام
والعموم يشتمل ذوي الامر والاولياء قيل هذا الخطاب انما هو خطاب بالمنع
والمنع بالشرع فيستوي فيه الاولياء وغيرهم وكون الولي مامورا بالمنع
بالشرع لا يوجب له ولاية خاصة في الاذن اصله الاجنبي ولو قلنا انه
خطاب للاولياء يوجب اشتراط اذنهم في صحة النكاح لكان مجملا لا يصح به عمل لكان
لانه ليس فيه ذكر اصناف الاولياء ولا صفاتهم ولا مراتبهم والبيان لا
يجوز تاخيره عن وقت الحاجة ولو كان في هذا كله شرع معروف لنقل

23

ويحتمل ان يكون التعريف بينهم في السكوت والنطق فقط ويكون السكوت كافيا في العقد وهذا هو الاظهر وهو ان يكون موافقا لما في الكتاب او امرها معارضا له

لنقل تواترا او قريبا من التواتر لان هذا المعنى مما تعم به البلوى ومعلوم انه
كان في المدينة من لا ولي له ولم ينقل عنه عليه السلام انه كان يعقد انكحتهم
ولا ينصب لذلك من يعقدها. وايضا فان المقصود من الاية ليس هو حكم
الولاية وانما المقصود منها تحريم نكاح المشركات والمشركين وهذا ظاهر تداح
والله اعلم. واما حديث عائشة فهو حديث مختلف في وجوب العمل به واما
هي ان ما ليس يصح فيه بالصحة لا يجب العمل به. وايضا ان سلمنا صحة الحديث
فليس فيه الا اشتراط الولي لمن لها ولي اعني المولى عليها وان سلمنا اذن
انه عام في كل امراة فليس فيه ان المراة لا تعقد على نفسها اعني ان لا تكون
هي التي تلي العقد بل الاظهر منه انه اذا اذن لها الولي جاز ان تعقد على
نفسها. واما ما احتج به الفريق الاخر من قوله تعالى فلا جناح عليكم
فيما فعلن في انفسهن بالمعروف فان المفهوم منه النهي عن التثريب
عليهن فيما استبددن بفعله دون اوليائهن وليس ههنا شيء يمكن
ان تستبد به المراة دون الولي الا عقد النكاح فظاهر هذه الاية والله اعلم
ان لها ان تعقد النكاح وللاولياء الفسخ اذا لم يكن بالمعروف وهذا الظاهر
هو من الشرع. واما اضافة النكاح اليهن فليس فيه دليل على اختصاصهن
بالعقد لكن الاصل هو الاختصاص الا ان يقوم الدليل على خلاف ذلك
. واما حديث ابن عباس فهو لعمري ظاهر في الفرق بين الثيب والبكر الا انه
اذا كان كل واحد منهما يستاذن ويتولى العقد عليهما الولي فبماذا ليت
شعري تكون الايم احق بنفسها من وليها. واما احتجاجهم بقوله تعالى فلا
جناح عليكم فيما فعلن في انفسهن بالمعروف فهو اظهر في ان المراة تلي العقود
من الاحتجاج بقوله تعالى ولا تنكحوا المشركين حتى يومنوا على ان الولي هو
الذي يلي العقد. وقد ضعفت الحنفية حديث عائشة وذلك انه رواه جماعة
عن ابن جريج عن الزهري وحكى ابن علية عن ابن جريج انه سال الزهري عنه
فلم يعرفه قالوا والدليل على ذلك ان الزهري لم يكن يشترط الولاية

اذن

دون ان يشترط في صحة النكاح اشتراط الولي معها

الا انها واما فان له وان يحتج بعضها ظاهر به ولا يحتج بعضها عسرا اي على خلاف

وقد احتجوا ايضا بحديث ابن عباس انه قال لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل ولكنه
مختلف في رفعه . واما الاحتجاج الذي يتبين من جهة المعاني فيحتمل ان ذلك
انه يمكن ان يقال ان الرشد اذا وجد في المرأة اكتفي به في عقد النكاح كما
يكتفى به في التصرف في المال ويشبه ان يقال ان المرأة مائلة بالطبع الى
الرجال اكثر من ميلها الى تبذير اموالها فاحتاط الشرع بان جعلها
محجورة في هذا المعنى على التأبيد مع ان ما يلحقها من العار في القاء
نفسها في غير كفؤ يتطرق الى اوليائها ولكن يكفي في ذلك ان يكون للاولياء
الفسخ والحسبة والمسألة محتملة كما ترى لكن الذي يغلب على الظن
انه لو قصد الشارع اشتراط الولاية لبين جنس الاولياء واصنافهم
ومراتبهم فان تأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز فاذا كان لا يجوز وكان
عموم البلوى في هذه المسألة يقتضي ان ينقل اشتراط الولاية عنه
صلى الله عليه وسلم تواترا او قريبا من التواتر فقد يجب ان يعتقد احد
امرين اما انه ليست الولاية شرطا في صحة النكاح وانما للاولياء الحسبة
في ذلك واما ان كانت شرطا فليس من صحتها تمييز صفات الولي واصنافهم
ومراتبهم ولذلك يضعف قول من يبطل عقد الولي الابعد مع وجود الاقرب

الموضع الثاني . واما النظر في الصفات الموجبة للولاية والسالبة لها
فانهم اتفقوا على ان من شرط الولاية الاسلام والبلوغ والذكورية وان
سوالبها اضداد هذه اعني الكفر والصغر والعبودية والانوثة واختلفوا
في ثلاثة في العبد والفاسق والسفيه فاما العبد فالاكثر على منع ولايته
وجوزها ابو حنيفة . واما الرشد فالمشهور في المذهب اعني
عند اكثر اصحاب مالك ان ذلك ليس من شرطها اعني الولاية وبه قال ابو
حنيفة والشافعي يرى ان ذلك من شرطها . وروي عن مالك مثل قول
الشافعي وبقول الشافعي قال اشهب وابو مصعب . وسبب الخلاف
تشبيه هذه الولاية بولاية المال فمن لم يشترط الرشد في هذه

الولاية مع عدمه في المال قال ليس من شرطه ان يكون رشيدا في المال
ومن رأى ان ذلك ممتنع الوجود قال لا بد من الرشد في المال وهما قسمان كما
ترى اعني ان الرشد في المال غير الرشد في اختيار الكفو لها . واما العدالة
فانهم اختلفوا فيها من جهة انها نظر للغير اعني هذه الولاية فلا يؤمن مع عدم
العدالة ان لا يختار لها الكفو وقد يمكن ان يقال ان الحالة التي بها يختار الاولياء
لموليتهم الكفو غير حالة العدالة وهو خوف لحوق العار بهم وهذه موجودة
بالطبع والعدالة مكتسبة . الموضع الثالث . واما اصناف
الولاية عند القائلين بها فهي نسب وسلطان ومولى اعلى واسفل ومجرد
الاسلام عند مالك وهي صفة تقتضي الولاية على الدنية . واختلفوا في الوصي
فقال مالك يجوز ان يكون الوصي وليا ومنع ذلك الشافعي . وسبب اختلافهم هل
صفة الولاية مما يمكن ان تستناب ام ليس يمكن ذلك ولهذا السبب بعينه
اختلفوا في الوكالة في النكاح لكن الجمهور على جوازها الا ابا ثور ولا
فرق بين الوكالة والايصاء لان الوصي وكيل بعد الموت الا ان الوكالة تنقطع بالموت
واختلفوا في ترتيب الولاية من النسب فعند مالك ان الولاية معتبرة
بالتعصيب فمن كان اقرب عصبة كان احق بالولاية فالابناء عنده اولى وان
سفلوا ثم الآباء ثم الاخوة للاب والام ثم للاب ثم بنو الاخوة للاب
والام ثم للاب فقط ثم العمومة على ترتيب الاخوة وان سفلوا ثم المولى
ثم السلطان والمولى الاعلى عنده احق من الاسفل والوصي عنده اولى
من ولي النسب اعني وصي الاب واختلف اصحابه فيمن اولى وصي الاب
او ولي النسب فقال ابن القاسم الوصي اولى مثل قول مالك وقال ابن الماجشون
وابن عبد الحكم الولي اولى . وخالف الشافعي مالكا في ولاية
البنوة فلم يجزها اصلا وفي تقديم الاخوة على الجد فقال لا ولاية للابن
وروي عن مالك ان الاب اولى من الابن وهو احسن وقال ايضا الجد اولى من الاخ
وبه قال المغيرة فالشافعي اعتبر التعصيب اعني ان الولد ليس من عصبتها

لحديث عمر لا تنكح المرأة إلا بإذن وليها أو ذي الرأي من أهلها أو السلطان ولم يختلف مالك في الابن لحديث أم سلمة أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر ابنها أن ينكحها إياه ولأنهم اتفقوا أعني مالكا والشافعي على أن الابن يرث الولاء الواجب للأم والمشهور عند مالك وأصحابه أن العصبة ... وسبب اختلافهم في الجد هو اختلافهم فيمن هو أقرب هل الجد أو الأخ ويتعلق بالترتيب ثلاث مسائل إحداها إذا زوج الأبعد مع حضور الأقرب والثانية إذا غاب الأقرب هل تنتقل الولاية إلى الأبعد أو إلى السلطان والثالثة إذا غاب الأب عن ابنته البكر هل تنتقل ولايته أو لا تنتقل

فأما المسألة الأولى فاختلف فيها قول مالك فمرة قال إن زوج الأبعد مع حضور الأقرب فالنكاح مفسوخ ومرة قال النكاح جائز ومرة قال للأقرب أن يجيز أو يفسخ وهذا الخلاف كله عنده فيما عدا الأب في ابنته البكر والوصي في محجورته فإنه لا يختلف قوله أن النكاح في هذين مفسوخ أعني تزويج غير الأب البنت البكر مع حضور الأب لابنته ولا في يتيمة وسبب هذا الاختلاف هل الترتيب حكم شرعي أعني ثابتا بالشرع في الولاية أم ليس بحكم شرعي وإن كان حكما فهل ذلك حق من حقوق الولي الأقرب أم ذلك حق من حقوق الله فمن لم ير الترتيب حكما شرعيا قال يجوز نكاح الأبعد مع حضور الأقرب ومن رأى أنه حكم شرعي ورأى أنه حق للولي قال النكاح منعقد فإن أجازه الولي جاز وإن لم يجزه انفسخ ومن رأى أنه حق لله قال النكاح غير منعقد وقد أنكر قوم هذا المعنى في المذهب أعني أن يكون النكاح منعقدا غير منعقد

وأما المسألة الثانية فإن مالكا يقول إذا غاب الولي الأقرب انتقلت الولاية إلى الأبعد وقال الشافعي تنتقل إلى السلطان وسبب اختلافهم هل الغيبة في ذلك بمنزلة الموت أم لا وذلك أنه لا خلاف في انتقالها في الموت

وأما المسألة الثالثة وهي غيبة الأب عن ابنته البكر فإن في المذهب فيها تفصيلا واختلافا وذلك راجع إلى بعد المكان

المكان وطول الغيبة وقربه أو الجهل بمكانه والعلم وحاجة البنت إلى النكاح إما لعدم النفقة وإما لما يخاف عليها من عدم الصون وإما للأمرين جميعا فاتفق المذهب على أنه إذا كانت الغيبة بعيدة أو كان الأب مجهول الموضع أو أسيرا وكانت في صون وتحت نفقة أنها إن لم تدع إلى التزويج لا تزوج وإن دعت تزوج عند الأسر والجهل بمكانه واختلفوا هل تزوج مع العلم بمكانه إذا كان بعيدا فقيل تزوج وهو قول مالك وقيل لا تزوج وهو قول عبد الملك وابن وهب وأما إن عدمت النفقة أو كانت في غير صون فإنها تزوج أيضا في هذه الأحوال الثلاثة أعني في الغيبة البعيدة وفي الأسر والجهل بمكانه وكذلك إن اجتمع الأمران إذا كانت في غير صون تزوج وإن لم تدع إلى ذلك ولم يختلفوا فيما أحسب أنها لا تزوج في الغيبة القريبة المعلومة المكان لمكان إخافته واستئذانه وليس يبعد بحسب النظر المصلحي الذي انبنى عليه هذا النظر أن يقال إن طال الزمان والوقت وخشي السلطان عليها الفساد زوجت وإن كان الموضع قريبا وإذا قلنا إنه تجوز ولاية الأبعد مع حضور الأقرب فإن جعلت المرأة أمرها إلى وليين فزوجها كل واحد منهما فإنه لا يخلو أن يتقدم أحدهما في العقد على الآخر أو يعقدا معا ثم لا يخلو إذا تقدم من أن يعلم المتقدم أو لا يعلم فإذا علم المتقدم منهما فأجمعوا على أنها للأول إذا لم يدخل بها واحد منهما واختلفوا إذا دخل الثاني فقال قوم هي للأول وقال قوم هي للثاني وهو قول مالك وابن القاسم وبالأول قال الشافعي وابن عبد الحكم وأما إن أنكحاها معا فلا خلاف في فسخ النكاح فيما أعرف وسبب الخلاف في اعتبار الدخول ولا اعتباره معارضة العموم للقياس وذلك أنه قد روي أنه عليه السلام قال أيما امرأة أنكحها وليان فهي للأول منهما فعموم هذا الحديث يقتضي أنها للأول دخل بها الثاني أو لم يدخل ومن اعتبر الدخول فتشبيها بفوات السلعة في البيع المكروه وهو ضعيف وأما إن لم يعلم الأول فإن الجمهور على الفسخ وقال مالك

يصح ما لم يدخل احدهما وقال شريح تخير ايهما اختارت وهو شاذ
وقد روي عن عمر بن عبد العزيز. **الموضع الرابع** في عضل الاولياء
واتفقوا على انه ليس للولي ان يعضل وليته اذا دعت الى كفؤ وبصداق مثلها
وانها ترفع امرها الى السلطان فيزوجها ما عدا الاب فانه اختلف فيه
المذهب. واختلفوا بعد هذا الاتفاق فيما هي الكفاءة المعتبرة في ذلك
وهل صداق المثل منها ام لا وكذلك اتفقوا ان للمرأة ان تمنع نفسها من النكاح
من له من الاولياء اجبارها اذا لم تكن فيه الكفاءة موجودة كالاب في ابنته
البكر واما غير البالغ باتفاق او البالغ والثيب الصغيرة باختلاف على
ما تقدم وكذلك الوصي في محجورته على القول بالجبر واما الكفاءة فانهم
اتفقوا على ان الدين معتبر في ذلك الا ما روي عن محمد بن الحسن من اسقاطه
اعتبار الدين ولم يختلف المذهب ان البكر اذا زوجها الاب من شارب
الخمر وبالجملة من فاسق ان لها ان تمنع نفسها من النكاح وينظر الحاكم
في ذلك فيفرق بينهما وكذلك ان زوجها ممن ماله حرام او ممن هو كثير
الحلف بالطلاق. واختلفوا في النسب هل هو من الكفاءة ام لا وفي الحرية
وفي اليسار وفي الصحة من العيوب فالمشهور عن مالك انه يجوز نكاح
الموالي من العرب وانه احتج لذلك بقوله تعالى ان اكرمكم عند الله اتقاكم
وقال سفيان الثوري واحمد لا تزوج العربية من مولى وقال ابو حنيفة
واصحابه لا تزوج قرشية الا من قرشي ولا عربية الا من عربي والسبب
في اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله عليه السلام تنكح المرأة لدينها
وجمالها وحسبها ومالها فاظفر بذات الدين تربت يمينك. فمنهم
من رأى ان الدين هو المعتبر فقط لقوله عليه السلام عليك بذات الدين تربت
يمينك. ومنهم من رأى ان الحسب في ذلك بمعنى الدين وكذلك المال وانه
لا يخرج من ذلك الا ما اخرجه الاجماع وهو كون الحسن ليس من الكفاءة وكل
من يقول برد النكاح بالعيوب يجعل الصحة منها من الكفاءة وعلى هذا فيكون

لمكان العموم فما روي ان ابا سفيان بن حرب اسلم قبل هند بنت عتبة
امرأته وكان اسلامه بمر الظهران ثم رجع الى مكة وهند بها كافرة فاخذت
بلحيته وقالت اقتلوا الشيخ الضال ثم اسلمت بعده بايام ثم استقرا على
نكاحهما. واما القياس المعارض لذلك الا ان ولاية يقتضي انه لا فرق بين ان تسلم
هي قبله او يسلم هو قبلها فان كانت العدة معتبرة في اسلامها قبله
فقد يجب ان تعتبر في اسلامه ايضا قبلها.

الباب الثالث في موجبات الخيار

وموجبات الخيار اربعة. العيوب. والاعسار بالصداق او بالنفقة والكسوة
والثالث الفقد اعني فقد الزوج. الرابع العتق للامة المزوجة فينعقد في
هذا الباب اربعة فصول. **الفصل الاول** في خيار العيوب
اختلف العلماء في موجب الخيار بالعيوب لكل واحد من الزوجين وذلك في
موضعين احدهما هل ترد بالعيوب او لا ترد. والموضع الثاني انه اذا
قلنا ترد فمن ايها ترد وما حكم ذلك. فاما الموضع الاول
فان مالكا والشافعي واصحابهما قالوا العيوب توجب الخيار في الرد والا
مساك. وقال اهل الظاهر لا يوجب العيب خيار الرد والامساك
وهو قول عمر بن عبد العزيز. وسبب اختلافهم شيئان احدهما هل قول
الصاحب حجة. والآخر قياس النكاح في ذلك على البيع. اما قول الصاحب
الوارد في ذلك فهو ما روي عن عمر بن الخطاب انه قال ايما رجل تزوج امرأة
وبها جنون او جذام او برص. وفي بعض الروايات او قرن فلها صداقها
كاملا وذلك غرم لزوجها على وليها. واما القياس على البيع فان
القائلين بموجب خيار العيوب في النكاح قالوا النكاح في ذلك شبيه با لبيع
وقال المخالفون ليس شبيها بالاجماع المسلمين على انه لا يرد النكاح
بكل عيب يرد به البيع. واما القائلون بالرد في العيوب فانهم اختلفوا
في اي العيوب ترد بها وفي ايها لا ترد وفي حكم الرد فاتفق مالك

والشافعي أن الرد يكون من أربعة: الجنون والجذام والبرص وداء الفرج الذي يمنع الوطء إما قرن أو رتق في المرأة أو عنة في الرجل أو خصاء. واختلف أصحاب مالك في أربع: في السواد والقرع ونتن الفرج ونتن الفم، فقيل ترد بها وقيل لا ترد. وقال أبو حنيفة وأصحابه والثوري لا ترد المرأة في النكاح إلا بعيبين فقط: القرن والرتق. فأما حكم الرد فإن القائلين به اتفقوا على أن الزوج إذا علم بالعيب قبل الدخول طلق ولا شيء عليه. واختلفوا إن علم بعد الدخول والمسيس، فقال مالك إن كان وليها الذي زوجها ممن يظن به أنه عالم بالعيب مثل الأب والأخ فهو غار يرجع عليه الزوج بالصداق وليس يرجع على المرأة بشيء، وإن كان بعيدا رجع الزوج على المرأة بالصداق كله إلا ربع دينار فقط. وقال الشافعي إن دخل لزمه الصداق كله بالمسيس. وسبب اختلافهم تردد شبه النكاح بالبيع أو بالنكاح الفاسد الذي وقع فيه المسيس أعني أنها تستحق المهر في الأنكحة الفاسدة بنفس المسيس لقوله عليه السلام أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ولها المهر بما استحل منها. فيكون موضع الخلاف تردد هذا الفسخ بين حكم الرد بالعيب في البيوع وبين حكم الأنكحة المفسوخة أعني بعد الدخول. واتفق الذين قالوا بفسخ نكاح العنين أنه لا يفسخ حتى يؤجل سنة. واختلف أصحاب مالك في العلة التي من أجلها قصر الرد على هذه العيوب الأربعة، فقيل لأن ذلك شرع غير معلل، وقيل إن ذلك مما يخفى، ويحمل سائر العيوب على أنها مما لا تخفى، وقيل لأنه يخاف سرايتها إلى الأبناء، وعلى هذا التعليل ترد بالسواد والقرع، وعلى الأول ترد بكل عيب إذا علم أنه مما خفي عن الزوج.

الفصل الثاني في خيار الإعسار بالصداق والنفقة

واختلفوا في الإعسار بالصداق فكان الشافعي يقول يخير إذا لم

يدخل بها، وبه قال مالك، واختلف أصحابه في قدر التلوم له، فقيل ليس 18
في ذلك حد، وقيل سنة، وقيل سنتان. وقال أبو حنيفة هو غريم من الغرماء لا يفرق بينهما ويؤخذ بالنفقة، ولها أن تمنع نفسها حتى يعطيها المهر. وسبب اختلافهم تغليب شبه النكاح في ذلك بالبيع أو تغليب الضرر اللاحق للمرأة في ذلك من عدم الوطء تشبيها بالإيلاء والعنة. وأما الإعسار بالنفقة فقال مالك والشافعي وأحمد وأبو ثور وأبو عبيد وجماعة يفرق بينهما، وهو مروي عن أبي هريرة وسعيد بن المسيب. وقال أبو حنيفة والثوري لا يفرق بينهما، وبه قال أهل الظاهر. وسبب اختلافهم تشبيه الضرر الواقع من ذلك بالضرر الواقع من العنة، لأن الجمهور على القول بالتطليق على العنين حتى لقد قال ابن المنذر إنه إجماع. وربما قالوا النفقة في مقابلة الاستمتاع بدليل أن الناشز لا نفقة لها عند الجمهور، فإذا لم يجد النفقة سقط الاستمتاع فوجب الخيار. وأما من لا يرى الخيار فقالوا قد ثبتت العصمة بالإجماع فلا تنحل إلا بإجماع أو بدليل من كتاب أو سنة. فسبب اختلافهم معارضة استصحاب الحال للقياس.

الفصل الثالث في خيار الفقد

واختلفوا في المفقود الذي تجهل حياته أو موته في أرض الإسلام، فقال مالك يضرب لامرأته أجل أربع سنين من يوم ترفع أمرها إلى الحاكم، فإذا انتهى الكشف عن حياته أو موته فجهل ذلك ضرب لها الحاكم الأجل، فإذا انتهى اعتدت عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرا وحلت. قال: وأما ماله فلا يورث حتى يأتي عليه من الزمان ما يعلم أن المفقود لا يعيش إلى مثله غالبا، فقيل سبعون، وقيل ثمانون، وقيل تسعون، وقيل مائة فيمن غاب وهو دون هذه الأسنان. وروي هذا القول عن عمر بن الخطاب، وهو مروي أيضا عن عثمان، وبه قال الليث. وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري لا تحل امرأة المفقود حتى يصح موته، وقولهم مروي عن علي وابن مسعود. والسبب في اختلافهم معارضة استصحاب الحال

القياس. وذلك أن استصحاب الحال يوجب ألا تنحل عصمة إلا بموت أو طلاق
حتى يقوم الدليل على غير ذلك. وأما القياس فهو تشبيه الضرر اللاحق لها
من غيبته بالإيلاء والعنة فيكون لها الخيار كما يكون في هذين. والمفقود عند
المالكيين من أصحاب مالك مفقود في أرض الإسلام وقع الخلاف فيه ومفقود
في أرض الحرب. ومفقود في حروب الإسلام أعني فيما بينهم. ومفقود
في حروب الكفار. والخلاف عن مالك وعن أصحابه في الثلاثة الأصناف من
المفقودين كثير. فأما المفقود في بلاد الحرب فحكمه عندهم
حكم الأسير لا تتزوج امرأته ولا يقسم ماله حتى يصح موته ما خلا أشهب
فإنه حكم له بحكم المفقود في أرض المسلمين. وأما المفقود
في حروب المسلمين فقيل إن حكمه حكم المقتول دون تلوم وقيل يتلوم
له بحسب بعد الموضع الذي كانت فيه المعركة وقربه وأقصى الأجل
في ذلك سنة. وأما المفقود في حروب الكفار ففيه أربعة أقوال في المذهب
قيل حكمه حكم الأسير وقيل حكمه حكم المقتول بعد تلوم سنة
إلا أن يكون بموضع لا يخفى أمره فيحكم له بحكم المفقود في حروب المسلمين
وفتنتهم. والقول الثالث أن حكمه حكم المفقود في بلاد المسلمين.
والرابع حكمه حكم المقتول في زوجته وحكم المفقود في أرض المسلمين
في ماله أعني يعمر ويورث وهذه الأقاويل كلها مبناها على تجويز
النظر بحسب المصلحة في الشرع وهو الذي يعرف بالقياس المرسل وبين العلماء
فيه اختلاف أعني من القائلين بالقياس.

الفصل الرابع في خيار العتق.

واتفقوا على أن الأمة إذا أعتقت تحت عبد أن لها الخيار واختلفوا إذا أعتقت
تحت حر هل لها خيار أم لا فقال مالك والشافعي وأهل المدينة والأوزاعي
وأحمد والليث لا خيار لها وقال أبو حنيفة والثوري لها الخيار حرا كان
أو عبدا. وسبب اختلافهم تعارض النقل في حديث بريرة والاحتمال

1
Legajo 5° N° 1888.
Derecho musulman
incompleto y [illegible]

واحتمال العلة الموجبة للخيار أن يكون الجبر الذي كان في إنكاحها إذ كانت
أمة أو الجبر على أن زوجها من عبد. فمن قال العلة الجبر على النكاح بالإطلاق قال
تخير تحت الحر والعبد. ومن قال الجبر على تزويج العبد فقط قال تخير تحت العبد
فقط. وأما اختلاف النقل فإنه روي عن ابن عباس أن زوج بريرة كان
عبدا أسود. وروي عن عائشة أن زوجها كان حرا. وكلا النقلين ثابت عند
أصحاب الحديث. واختلفوا في الوقت الذي يكون لها الخيار فقال مالك
والشافعي لها الخيار ما لم يمسها. وقال أبو حنيفة خيارها على المجلس
وقال الأوزاعي إنما يسقط خيارها بالمسيس إذا علمت أن المسيس يسقط
خيارها.

الباب الرابع في حقوق الزوجية

واتفقوا على أن من حقوق الزوجة على الزوج النفقة والكسوة لقوله تعالى
وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ولما ثبت من قوله عليه السلام ولهن
عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف. ولقوله لهند خذي ما يكفيك وولدك
بالمعروف. فأما النفقة فاتفقوا على وجوبها واختلفوا في أربعة مواضع
في وقت وجوبها ومقدارها ولمن تجب وعلى من تجب. أما وقت وجوبها
فإن مالكا قال لا تجب النفقة على الزوج حتى يدخل بها أو يدعى إلى الدخول وهي
ممن توطأ وهو بالغ. وقال أبو حنيفة والشافعي يلزم غير البالغ النفقة
إذا كانت هي بالغا وأما إذا كان هو بالغا والزوجة صغيرة فللشافعي قولان
أحدهما مثل قول مالك والثاني أن لها النفقة بإطلاق. وسبب اختلافهم
هل النفقة لمكان الاستمتاع أو لمكان أنها محبوسة على الزوج كالغائب
والمريض. وأما مقدار النفقة فذهب مالك إلى أنها غير مقدرة بالشرع
وأن ذلك راجع إلى ما يقتضيه حال الزوج وحال الزوجة وأن ذلك يختلف
بحسب اختلاف الأمكنة والأزمنة والأحوال وبه قال أبو حنيفة. وقال
الشافعي إنها مقدرة فعلى الموسر مدان وعلى الأوسط مد ونصف وعلى
المعسر مد. وسبب اختلافهم تردد حمل النفقة في هذا الباب على

الاطعام في الكفارة او على التشبيه وذلك انهم اتفقوا ان الكسوة غير
محدودة وان الاطعام محدود. واختلفوا من هذا الباب في هل يجب على
الزوج نفقة خادم الزوجة وان وجبت فكم يجب فالجمهور على ان على
الزوج النفقة على خادم الزوجة اذا كانت ممن لا تخدم نفسها وقيل بل
على الزوجة خدمة البيت. واختلف الذين اوجبوا النفقة على خادم
الزوجة على كم تجب نفقته فقالت طائفة ينفق على خادم واحدة وقيل
على خادمين اذا كانت المرأة ممن لا يخدمها الا خادمان وبه قال مالك وابو ثور ولست
اعرف دليلا شرعيا لايجاب النفقة على الخادم الا تشبيه الاخدام بالاسكان دليلاً
فانهم اتفقوا على ان الاسكان على الزوج للنص الوارد في وجوبه
للمطلقة الرجعية. واما من تجب النفقة فانهم اتفقوا على انها
تجب للحرة غير الناشز واختلفوا في الناشز والامة فاما الناشز
فالجمهور على انها لا تجب لها نفقة وشذ قوم فقالوا تجب لها النفقة
وسبب الخلاف معارضة العموم للمفهوم وذلك ان عموم قوله عليه السلام
ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف يقتضي ان الناشز وغير الناشز
في ذلك سوا والمفهوم من ان النفقة هي في مقابلة الاستمتاع يوجب
ان لا نفقة للناشز. واما الامة فاختلف فيها اصحاب مالك اختلافا
كثيرا فقيل لها النفقة كالحرة وهو المشهور وقيل لا نفقة لها
وقيل ايضا ان كانت تأتيه فلها النفقة وان كان لا يأتيها فلا نفقة لها وقيل
لها النفقة في الوقت الذي تأتيه. وقيل ان كان الزوج حرا فعليه
النفقة وان كان عبدا فلا نفقة عليه. وسبب اختلافهم معارضة
العموم للقياس وذلك ان العموم يقتضي لها وجوب النفقة والقياس
يقتضي ان لا نفقة لها الا على سيدها الذي يستخدمها او تكون النفقة
بينهما لان كل واحد منهما ينتفع بها ضربا من الانتفاع ولذلك قال قوم
عليه النفقة في اليوم الذي تأتيه وقال ابن حبيب تحكم على من الامة

والنفقة وهو قول الكوفيين. والثاني لا سكنى لها ولا نفقة وهو قول احمد
وداود وابي ثور واسحاق وجماعة. والثالث ان لها السكنى ولا نفقة لها وهو قول
مالك والشافعي وجماعة. وسبب اختلافهم اختلاف الرواية في حديث
فاطمة بنت قيس انها قالت طلقني زوجي ثلاثا على عهد رسول الله صلى
الله عليه وسلم فاتيت النبي صلى الله عليه وسلم فلم يجعل لي سكنى
ولا نفقة خرجه مسلم. وفي بعض الروايات ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال انما السكنى والنفقة لمن لزوجها عليها الرجعة وهذا القول مروي دى
عن علي وابن عباس وجابر بن عبد الله. واما الذين اوجبوا لها السكنى
دون النفقة فانهم احتجوا بما رواه مالك في موطاه من حديث فاطمة المذكورة د ر....
وفيه فقال لها صلى الله عليه وسلم ليس لك عليه نفقة وامرها ان تعتد جن مم
في بيت ام مكتوم ولم يذكر فيها اسقاط السكنى فبقي على عمومه
في قوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وعللوا امره عليه
السلام لها بان تعتد في بيت ابن ام مكتوم بانه كان في لسانها بذاءً
واما الذين اوجبوا لها السكنى والنفقة فصاروا الى وجوب السكنى بعموم
قوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وصاروا الى وجوب النفقة
لها لكون النفقة تابعة لوجوب الاسكان في الرجعية وفي الحامل وفي نفس
الزوجية وبالجملة فحيث ما وجبت السكنى في الشرع وجبت النفقة ربنا مم
ولذلك روي عن عمر انه قال في حديث فاطمة هذا لا ندع كتاب الله وسنة
نبينا لقول امرأة يريد قوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم
والمعروف من سنته عليه السلام انه اوجب النفقة حيث تجب
السكنى فلذلك الاولى في هذه المسألة اما ان يقال ان لها الامرين جميعا
مصيرا الى ظاهر الكتاب والمعروف من السنة واما ان يخصص هذا العموم
بحديث فاطمة المذكورة. واما التفريق بين ايجاب النفقة والسكنى
فعسير ووجه عسره ضعف دليله. وينبغي ان تعلم ان

الزوجة
Ed. II, 52

ان المسلمين اتفقوا على ان العدة تكون في ثلاثة اشيا في طلاق او موت او
خيار الامة نفسها اذا اعتقت. واختلفوا فيها في الفسوخ. والجمهور
على وجوبها. ولما كان الكلام في العدة يتعلق به احكام الموت راينا ان نذكرها
هاهنا. فنقول اتفقوا على ان عدة الحرة من زوجها الحر اربعة اشهر وعشرا
لقوله تعالى يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا. واختلفوا في عدة الحا
مل وفي عدة الامة واذا لم تأتها حيضتها في الاربعة اشهر وعشرا ما
حكمها. فذهب مالك ان من شرط تمام هذه العدة ان تحيض حيضة واحدة
في هذه المدة فان لم تحض فهي عنده مسترابة فتمكث مدة الحمل وقيل
عنه انها ان لم تحض وانقضت مسترابة وذلك اذا كانت عادتها في
الحيض اكثر من مدة العدة. وهذا اما غير موجود اعني من ان تكون عادتها
ان تحيض من اكثر من اربعة اشهر الى اكثر من اربعة اشهر وعشرا
واختلف عنه فيمن هذه حالها من النسا اذا وجدت فقيل تنتظر حتى تحيض
وروى عنه ابن القاسم انها تتزوج اذا انقضت عدة الوفاة ولم يظهر
بها حمل. وعلى هذا الجمهور فقها الامصار ابي حنيفة والشافعي والثوري.

واما المسالة الثانية وهي الحامل التي يتوفى عنها زوجها
فقال الجمهور وجميع فقها الامصار عدتها ان تضع حملها مصيرا الى عموم قوله
تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وان كانت الاية في الطلاق
واثرا ايضا لحديث ام سلمة ان سبيعة الاسلمية ولدت بعد وفاة
زوجها بنصف شهر فيه فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لها
قد حللت فانكحي من شئت. وروى مالك عن ابن عباس ان عدتها اخر الاجلين
يريد انها تعتد باخر الاجلين اما الحمل واما انقضاء عدة الموت. وروي مثل
ذلك عن علي بن ابي طالب والحجة لهم ان ذلك هو الذي يقتضيه الجمع بين عموم
اية الحوامل واية الوفيات. واما الامة يتوفى عنها زوجها فانها لا تخلوا
ان تكون زوجة او ملك يمين ام ولد او غير ام ولد. واما الزوجة فقال الجمهور

الجمهور ان عدتها نصف عدة الحرة قياسا على العدة وقال اهل الظاهر بل
عدتها عدة الحرة وكذلك عندهم عدة الطلاق مصيرا الى التعميم. واما
ام الولد فقال مالك والشافعي واحمد والليث وابو ثور وجماعة عدتها حيضة
وبه قال ابن عمر. قال مالك وان كانت ممن لا تحيض اعتدت بثلاثة اشهر ولها السكنى
وقال ابو حنيفة واصحابه والثوري عدتها ثلاث حيض وهو قول علي وابن
مسعود. وقال قوم عدتها نصف عدة الحرة المتوفى عنها زوجها وقال
قوم عدتها اربعة اشهر وعشرا. وحجة مالك انها ليست زوجة فتعتد
عدة الوفاة ولا مطلقة فتعتد ثلاث حيض فلم يبق الا استبرا رحمها
وذلك يكون بحيضة تشبيها بالامة يموت عنها سيدها وذلك ما لا خلاف
فيه. وحجة ابي حنيفة ان العدة انما وجبت عليها وهي حرة وليست بز
وجة فتعتد عدة الوفاة ولا امة فتعتد بعدة الامة فوجب ان تستبرا
رحمها بعدة الاحرار. واما الذين اوجبوا عليها عدة الوفاة فاحتجوا
بحديث روي عن عمرو بن العاص قال لا تلبسوا علينا سنة نبينا عدة
ام الولد اذا توفي عنها سيدها اربعة اشهر وعشرا وضعف احمد
هذا الحديث ولم ياخذ به. واما من اوجب عليها نصف عدة الحرة
فتشبيها بالزوجة الامة. وسبب الخلاف انها مسكوت عنها
وهي مترددة الشبه بين الامة والحرة اما من شبهها بالزوجة فضعيف
واضعف منه من شبهها بعدة الحرة المطلقة وهو ابو حنيفة.

الباب الثاني في المتعة

والجمهور على ان المتعة ليست واجبة في كل مطلقة. وقال قوم من اهل
الظاهر واجبة في كل مطلقة. وقال قوم هي مندوب اليها وليست واجبة
وبه قال مالك. والذين قالوا بوجوبها في بعض المطلقات اختلفوا في ذلك فقال
ابو حنيفة هي واجبة على من طلق قبل الدخول ولم يفرض لها صداقا مسمى
وقال الشافعي هي واجبة لكل مطلقة اذا كان الفراق من قبله الا التي سمى لها

وطلقت قبل الدخول فعلى هذا جمهور العلماء. واحتج أبو حنيفة بقوله تعالى
يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن الآية
فاشترط المتعة مع عدم المسيس. وقال تعالى وإن طلقتموهن من قبل
أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة الآية فعلم أنه لا متعة لها مع التسمية
والطلاق قبل المسيس لأنه إذا لم يجب لها الصداق فأحرى ألا تجب لها
المتعة. وهذا الذي قاله جميل لأنه حيث لم يجب لها صداق أوجبت المتعة لها
مع وجبت لها من الصداق نصف الصداق لم يجب لها شيء. وأما الشافعي
فحمل الأمر الوارد في قوله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره وعلى
المقتر قدره على العموم في كل مطلقة إلا التي سمي لها وطلقت قبل
الدخول. وأما أهل الظاهر فحملوا الأمر على العموم. والجمهور على أن المختلعة
لا متعة لها لكونها معطية من يدها كالحال في التي طلقت قبل الدخول وبعد
فرض الصداق. وأهل الظاهر يقولون هو شرع للمختلعة. وأما مالك
فإنه حمل الأمر بالمتعة على الندب لقوله تعالى في آخر الآية حقا على
المحسنين أي على المتفضلين المجملين وما كان من باب الإجمال والإحسان
فليس بواجب. واختلفوا في المطلقة المعتدة هل عليها إحداد.

باب في بعث الحكمين

اتفق العلماء على جواز بعث الحكمين إذا وقع التشاجر بين الزوجين وجهلت
أحوالهما في التشاجر أعني المحق من المبطل لقوله تعالى وإن خفتم شقاق بينهما
فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها الآية. وأجمعوا على أن الحكمين لا
يكونان إلا من أهل الزوجين أحدهما من قبل الزوج والآخر من قبل المرأة إلا أن
لا يوجد في أهلهما من يصلح لذلك فيرسل من غيرهما. وأجمعوا على أن
الحكمين إذا اختلفا لم ينفذ قولهما [illegible] على أن قولهما في الجمع
بينهما نافذ بغير توكيل الزوجين. واختلفوا [illegible] الحكمين بينهما إذا
اتفقا على ذلك هل يحتاج إلى إذن من الزوج أو لا يحتاج إلى ذلك. فقال مالك

٩

[illegible]

[illegible] يحلف ان لا يطأها [illegible] الاربعة [illegible] تعالى
وروي عن ابن عباس ان المولي [illegible] الا ان يحلف ان لا يصيب امراته على التابيد
ه والسبب في اختلافهم في ذلك اطلاق الاية واختلافهم في وقت
الفي وصفة اليمين ومكانه هو كون الاية عامة في هذه المعاني او مجملة
وكذلك اختلافهم في صفة المولي والمولى منها وفي نوع الطلاق وغير ما
سياتي بعد ه واما ما سوى ذلك فسبب اختلافهم هو سبب
السكوت عنها وهذه هي اركان الايلاء اعني معرفة نوع اليمين ووقت الفي
والفيئة وصفة المولي والمولى منها ونوع الطلاق والطلاق ه

ه المسألة الخامسة ه واما الطلاق الذي يقع بالايلاء فعند
مالك والشافعي انه رجعي لان الاصل ان كل طلاق وقع بالشرع يحمل
على انه رجعي الا ان يقوم الدليل على انه بائن ه وقال ابو حنيفة وابو ثور هو
بائن قالوا وذلك انه ان كان رجعيا لم يزل الضرر عنها بذلك لانه يجبرها على
الرجعة ه وسبب الاختلاف معارضة المصلحة المقصودة بالايلاء للاصل
المعروف في الطلاق ه فمن غلب الاصل قال رجعي ومن غلب المصلحة قال
بائن ه المسألة السادسة ه واما هل يطلق القاضي اذا ابى من الفي
والفي او الطلاق او يحبس حتى يطلق فان مالكا قال يطلق القاضي عليه وقال
اهل الظاهر يحبس حتى يطلقها بنفسه ه وسبب الخلاف معارضة
الاصل المعروف في الطلاق والمصلحة فمن راعى الاصل المعروف
في الطلاق قال لا يقع طلاق الا من الزوج ه ومن راعى الضرر الداخل
من ذلك على النساء قال يطلق السلطان وهو نظر الى المصلحة العامة
وهذا هو الذي يعرف بالقياس المرسل والمصالح المرسلة
وكثير من الفقهاء يابون ذلك ه المسألة السابعة ه واما هل
يتكرر الايلاء اذا طلقها ثم راجعها فان مالكا يقول انه اذا راجعها ثم لم
يطاها تكرر الايلاء عليه وهذا عنده في الطلاق الرجعي والبائن وقال مالك

وقال ابو حنيفة الطلاق البائن يسقط الايلاء وهو احد قولي الشافعي ٤٩
وهذا القول هو الذي اختاره المزني وجماعة العلماء على ان الايلاء لا يتكرر
بعد الطلاق الا باعادة اليمين ه والسبب في اختلافهم معارضة المصلحة
الظاهر لشرط الايلاء وذلك انه لا ايلاء في الشرع الا حيث يكون يمين في ذلك
النكاح بعينه لا في نكاح آخر لكن ان راعينا هذا وجد الضرر والمقصود
ان الله حكم الايلاء ولذلك راى مالك انه يحكم بحكم الايلاء ه

ه المسألة الثامنة ه واما هل يلزم الزوجة المولى عليها عدة
او ليس يلزمها فان الجمهور على ان العدة تلزمها وقال جابر بن زيد لا تلزمها عدة
اذا كانت حاضت في مدة الاربعة اشهر ثلاث حيض وقال بقوله طائفة
وهو مروي عن ابن عباس ه وحجته ان العدة انما وضعت لبراءة الرحم
وهذه قد حصلت لها البراءة ه وحجة الجمهور انها مطلقة فوجب ان تعتد
كسائر المطلقات ه وسبب الخلاف ان العدة جمعت عبادة ومصلحة
فمن لحظ جانب المصلحة لم ير عليها عدة ومن لحظ جانب العبادة اوجب
عليها العدة ه المسألة التاسعة ه واما ايلاء العبد فان
مالكا قال ايلاء العبد شهران على النصف من ايلاء الحر قياسا على حدوده
وطلاقه ه وقال الشافعي واهل الظاهر ايلاؤه مثل ايلاء الحر اربعة اشهر
تمسكا بالعموم والظاهر وان تعلق الايمان بالحر والعبد سواء وايضا فلا
يمين ولا فيما [illegible] على مدة العنين ه وقال ابو حنيفة النقص الداخل
على الايلاء معتبر بالنساء لا بالرجال كالعدة فان كانت المراة حرة كان
الايلاء ايلاء الحر وان كان الزوج عبدا وان كانت امة فعلى النصف وقياس
الايلاء على الحد غير جيد وذلك ان العبد انما كان حده اقل من حد الحر
لان الفاحشة منه اقل قبحا ومن الحر اعظم قبحا ه ومدة الايلاء انما منه
ضربت جمعا بين التوسعة على الزوج وبين ازالة الضرر عن الزوجة
فان [illegible] المدة [illegible] كان اضيق على الزوج وابقى للضرر على الزوجة

والجراحي والتوسعة ونفي الضرر عنه فلذلك كان يجب على هذا القياس ان لا
ينقص من اجل الايلا اذا كان الزوج عبداً او الزوجة حرة شي وهذا لم
يقل به احد فالواجب التسوية والذين قالوا بتاثير الرق في مدة الايلا
اختلفوا في زوال الرق بعد الايلا هل ينتقل الى ايلا الاحرار او لا فقال مالك
لا ينتقل من ايلا العبيد الى ايلا الاحرار وقال ابو حنيفة ينتقل بعدة
الامة اذا اعتقت وقد كان زوجها منها انتقلت الى ايلا الاحرار وقال
ابن القاسم في العبد التي اجلها مع مقامها لا ايلا عليها في ترك الجماع وقال
لا ايلا على خصي ولا على من لا يقدر على الجماع .

المسألة العاشرة

واما هل من شرط رجعة المولي ان يطا في العدة ام لا فان الجمهور ذهبوا
الى ان ذلك ليس من شرطها . واما مالك فانه ... يطا فيها من غير
عذر مرض او ما اشبه ذلك فلا رجعة عنده ... وتبني على عدتها
ولا سبيل له عليها اذا انقضت العدة . وحجة الجمهور انه لا يخلو ان
يكون الايلا يعود برجعته ان لم يطا في العدة او لا يعود فان عاد لم يعتبر
والمعتبر في الايلا من وقت الرجعة اعني يحسب مدة الايلا من وقت
الرجعة وان لم يعد الايلا لم يعتبر اصلاً الا على مذهب من يرى ان الايلا
يكون بغير يمين وكيف ما كان فلا بد من اعتبار الاربعة الاشهر من وقت
الرجعة . واما مالك فانه قال كل ... من الطلاق وكان لرفع ضرر فان رجعة
الرجعة معتبرة فيه بزوال الضرر واصله المعسر بالنفقة اذا
طلق عليه ثم ارتجع فان رجعته يعتبر صحتها بيساره وسبب الخلاف
فيا لنسبة وذلك ان من شبه هذه الرجعة برجعة المطلق لغير ضرر لم
يرتفع منه ذلك الضرر قال ينبغي على اصله .

كتاب الظهار

والاصل في الظهار الكتاب والسنة فاما الكتاب فقوله تعالى الذين

26

يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة الاية واما
السنة فحديث خولة بنت مالك بن ثعلبة قالت ظاهر مني زوجي اوس بن
الصامت فجئت رسول الله صلى الله عليه وسلم اشكو اليه ورسول الله
يجادلني فيه ويقول اتقي الله فانه ابن عمك فما برحت حتى نزل القران قد
سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي الى الله الاية فقال
يعتق رقبة قالت لا يجد قال فيصوم شهرين متتابعين قالت يا رسول الله انه
شيخ كبير ما به من صيام قال فليطعم ستين مسكيناً قالت ما عنده من
شي يتصدق به قال فاني ساعينه بعرق من تمر قالت وانا اعينه بعرق
اخر قال قد احسنت فاذهبي فاطعمي عنه ستين مسكيناً اخرجه ابو داود
وحديث سلمة بن صخر البياضي عن النبي صلى الله عليه وسلم .
والكلام في اصول الظهار ينحصر في سبعة فصول منها في الفاظ
الظهار ومنها في شروط وجوب الكفارة فيه ومنها فيمن يصح
فيه الظهار ومنها فيما يحرم على المظاهر ومنها هل يتكرر الظهار
بتكرر النكاح ومنها هل يدخل الايلا عليه ومنها القول في احكام
كفارة الظهار .

الفصل الاول

واتفق الفقهاء على ان الرجل اذا قال لزوجته انت علي كظهر امي انه ظهار واختلفوا
اذا ذكر عضواً غير الظهر او ذكر ظهر من تحرم عليه من المحرمات بالنكاح
على التابيد غير الام فقال مالك هو ظهار وقالت جماعة من العلماء لا يكون
ظهاراً الا بلفظ الظهر والام وقال ابو حنيفة يكون بكل عضو يحرم النظر
اليه وسبب اختلافهم معارضة المعنى للظاهر وذلك ان معنى
التحريم يستوي فيه الام وغيرها من المحرمات والظهر وغيره من
الاعضاء واما الظاهر من الشرع فانه يقتضي الا يسمى ظهاراً الا ما
ذكر فيه لفظ الظهر والام واجمعوا ان الالفاظ هي علي كظهر امي ولم يسم الظهر
فقال ابو حنيفة والشافعي ... في ذلك ... بذلك ...

لما وعظهم منه لتمامه عنده، وقال الطلب هو ظهار. واما من شبهها بمن
بالاجنبية لا تحرم عليه على التأبيد فانه ظهار عند مالك وعند ابن الماجشون
ليس بظهار. وسبب الخلاف هل تشبيه الزوجة بمحرمة غير مؤبدة
التحريم كتشبيهها بمؤبدة التحريم او لا.

الفصل الثاني

واما شروط وجوب الكفارة فان الجمهور على انها لا تجب دون العود وشذ
مجاهد وطاوس فقالا تجب دون العود. ودليل الجمهور قوله تعالى والذين
يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا
وهو نص في معنى وجوب تعلق الكفارة بالعود وايضا فمن طريق القياس
فان الظهار يشبه كفارة اليمين فكما ان الكفارة انما تلزم بالمخالفة
او بارادة المخالفة كذلك الامر في الظهار. وحجة مجاهد وطاوس انه
معنى يوجب الكفارة العليا فوجب ان يوجبها بنفسه لا بمعنى زائد
تشبيها بكفارة القتل والفطر. وايضا فانهم قالوا انه كان طلاق الجاهلية
فنسخ تحريمه بالكفارة. ومعنى قوله ثم يعودون لما قالوا اي يعودون
العود في الاسلام. فاما القائلون باشتراط العود في ايجاب الكفارة
فانهم اختلفوا فيه ما هو فعن مالك في ذلك ثلاث روايات احداهن ان العود
هو ان يعزم على امساكها ووطئها معا والثانية ان يعزم على وطئها
فقط وهي الرواية الصحيحة المشهورة عند اصحابه وبه قال ابو حنيفة
واحمد والرواية الثالثة ان العود هو نفس الوطء وهي اضعف الروايات
عند اصحابه. وقال الشافعي العود هو الامساك نفسه قال ومتى مضى
له زمان يمكنه ان يطلق فيه فلم يطلق ثبت انه عائد ولزمته الكفارة لانه اذا
مضى زمان يمكنه ان يطلق فيه من غير ان يطلق يقوم مقام ارادة الامساك
منها او هو دليل على ذلك. وقال داود واهل الظاهر العود هو ان يكرر لفظ
الظهار ثانية فمتى لم يفعل ذلك فليس بعائد ولا كفارة عليه. ودليل الرواية
المشهورة لمالك تبتني على اصلين احدهما ان الظاهر من العود هو ارادة

وجوب الكفارة

E.III.98

Ed. III, 99

30

والذين يظاهرون من نسائهم وان لا ارادة العودة الى ما حرم على نفسه فا
انهم قد اجمعوا ان النساء في قوله يجب ان تكون العودة هو الوطء نفسه
لا الزواج وكذلك اسم النساء في آية الظهار فانه ليس يمكن ان يكون العود نفسه
الشبه للعود الذي تشبيه الكفارة من قبل ان يتماسا. ولذلك كان
ان عموم اللفظ يقتضي الوطء لان العود نفسه الامساك لكان الظهار
يحرم الامساك فكان الظهار يكون طلاقا. وبالجملة فالمشهور عند
هم في هذه المسئلة هو الطريق الذي ذهب اليه الفقهاء في التسبير
والتقسيم. وذلك ان معنى العود لا يخلو ان يكون تكرار اللفظ على ما
يراه داود او الوطء نفسه او ارادة الوطء. ولا يجوز تكرار اللفظ لان ذلك
تأكيد وانما يجب ما يوجب الكفارة. ولا يكون ارادة الامساك لان الامساك
موجود بعد فكيف يعني ان يكون ارادة الوطء وان كان ارادة الامساك للوطء
فهو ارادة الوطء فثبت ان العود هو الوطء. ومعتمد الشافعي في
اخرانهم ارادة الامساك ان الامساك يجري ارادة الوطء لان الامساك
يلزم عنه الوطء فجعلوا لازم الشيء تشبيها بالشيء وجعلوا ذلك
واحدا وهو قريب من الرواية الثانية. وربما استدلت الشافعية على
ان ارادة الامساك هو السبب في وجوب الكفارة ان الكفارة ترتفع
بارتفاع الامساك وذلك اذا طلق اثر الظهار. ولهذا احتاط مالك
في الرواية الواحدة فجعل العود هو ارادة الامرين جميعا اعني الوطء
والامساك. واما ان يكون العود الوطء نفسه فضعيف ومخالف للنص المعتمد
فيما تشبيه الظهار باليمين اي كما ان كفارة اليمين انما تجب بالحنث كذلك
الامر هاهنا وهو قياس شبه لا رغبة النظر. واما داود فانه تعلق بظاهر
اللفظ في قوله تعالى ثم يعودون لما قالوا وذلك يقتضي الرجوع الى القول نفسه
وعند ابي حنيفة انه العود في الاسلام لما تقدم من ظهارهم في الجا
هلية وعند مالك والشافعي ان معنى الآية ثم يعودون فيما قالوا ..

وسبب الخلاف بالجملة انما هو هل الظهار. واما من شبهه بجملة
المجمع فجعل العود ارادة الوطء فظاهر عند مالك وعند ابن الماجشون
ثم يعود ولما قالوا بمعنى العامل تشبيه الزوجة بمحرمة غير مؤبدة
تكرير اللفظ. واما العودة التي هي

الفصل الثاني

منهم في الجاهلية او من قال الاحد فهو بعد اقامه بالعجب دون العود وشذ
الظهار في الكفارة كما اعتقد ذلك مجاهد الا ان يكفر ... الاية نجد
وهو ارادة الامساك فهي اذا ثلثة مذاهب اما ان يكون العودة هي
تكرار اللفظ واما ان يكون ارادة الامساك واما ان يكون العودة هي التي
في الاسلام وهذان ينقسمان قسمين اعني الاول والثاني احدهما ان
يكفر في الاية محكوما وهو ارادة الامساك فتشترط هذه الارادة
في وجوب الكفارة. واما الا يكفر فيما محكر وما تجب الكفارة بنفس
الظهار. واختلفوا من هذا الباب في فروع وهو هل اذا طلق قبل الارادة
الامساك او ماتت عنه هل تكون عليه كفارة ام لا فجمهور العلماء
على ان الكفارة عليه الا ان يطلق بعد ارادة الامساك بزمان طويل على
ما يراه الشافعي. وحكي عن عثمان البتي ان عليه الكفارة بعد الطلاق
وانها اذا ماتت قبل ارادة العودة لم يكن له سبيل الى ميراثها الا بعد
الكفارة وهذا شذوذ مخالف للنص.

الفصل الثالث

واتفقوا على لزوم الظهار من الزوجة التي في العصمة. واختلفوا في الظهار
من الامة ومن التي في غير العصمة وكذلك اختلفوا في ظهار المرأة من الرجل
فاما الظهار من الامة فقال مالك والثوري وجماعة الظهار منها لازم كالظهار
من الزوجة الحرة وكذلك المدبرة وام الولد. وقال الشافعي وابو حنيفة
واحمد وابو ثور لا ظهار من امة. وقال الاوزاعي ان كان يطؤها فهو منها
مظاهر وان لم يطأها فهي يمين وفيها كفارة يمين. وقال عطاء هو مظاهر
ولكن عليه نصف كفارة. ودليل من اوقع ظهار الامة عموم قوله تعالى والذين

ولم يكن رجوع الا بعد ملا
وقيل وهو ارادة امساكها
صح

Ed. II, 99

31 والذين يظاهرون من نسائهم والاماء من النساء. وحجة من لم يجعل ظهارا
انهم قد اجمعوا ان النساء في قوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم هن ذوات
الازواج وكذلك اسم النساء في اية الظهار. فسبب الخلاف معارضة قيا س
الشبه للعموم اعني تشبيه الظهار بالايلاء وعموم لفظ النساء اعني
ان عموم اللفظ يقتضي دخول الاماء في الظهار وتشبيهه بالايلاء يقتضي خروج
وخروجهن من الظهار. واما هل من شرط الظهار دخول الوطء فيمن في العصمة امراة
ام لا فذهب مالك انه ليس من شرطه وان من عين امرأة بعينها وظاهر
منها بشرط التزويج كان مظاهرا منها وكذلك ان لم يعين وقال كل امرأة
اتزوجها فهي علي كظهر امي وذلك بخلاف قوله في الطلاق وبقول مالك
في الظهار قال ابو حنيفة والثوري والاوزاعي. وقال قائلون لا يلزم
الظهار الا فيما يملك الرجل وممن قال بهذا القول الشافعي وابو ثور
وداود. وفرق قوم فقالوا ان عين لزمه وهو ان يقول ان تزوجت فلانة
او سمى قرية او قبيلة وقال هذا القول ابن ابي ليلى والحسن بن حي.
دليل الفريق الاول قوله تعالى اوفوا بالعقود ولانه عقد على شرط الملك
فاشبه اذا ملك والمومنون عند شروطهم وهو قولهم. واما حجة
الشافعي فحديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي صلى الله عليه
وسلم قال لا طلاق الا فيما يملك ولا عتق الا فيما يملك ولا بيع الا فيما
يملك ولا وفاء بنذر الا فيما يملك خرجه ابو داود والترمذي. والظهار
مشبه بالطلاق وهو قول ابن عباس. واما الذين فرقوا بين التعيين والتعميم
فانهم رأوا ان التعميم في الظهار من باب الحرج وقد قال تعالى وما جعل عليكم
في الدين من حرج. واختلفوا ايضا من هذا الباب في هل تظاهر المرأة
من الرجل فعن العلماء في ذلك ثلاثة اقوال الشهير انه لا يكون منها
ظهار وهو قول مالك والشافعي. والثاني ان عليها كفارة يمين والثا
لث ان عليها كفارة الظهار. معتمد الجمهور تشبيه الظهار بالطلاق

Ed. II, 103

ومن الزم الزوجة الظهار فتشبيهاً للظهار باليمين ومن لم يوجب ذلك فلان اللازم لها في ذلك هو كفارة يمين وهو ضعيف ، وسبب الخلاف تعارض الاشباه في هذه المسئلة

الفصل الرابع

واتفقوا على ان المظاهر يحرم عليه الوطي واختلفوا فيما دونه من ملامسة ووطي في غير الفرج ونظر الى اللذة فذهب مالك الى انه يحرم الجماع وجميع انواع الاستمتاع مما دون الجماع من الوطي فيما دون الفرج والمس والتقبيل والنظر للذة ما عدا وجهها وكفيها ويديها من سائر بدنها ومحاسنها وبه قال ابو حنيفة الا انه كره النظر الى الفرج فقط وقال الشافعي انما يحرم الظهار الوطي في الفرج فقط المجمع عليه لا ما عدا ذلك وبه قال الثوري واحمد وجماعة ، ودليل قول مالك قوله تعالى من قبل ان يتماسا وظاهر لفظ التماس يقتضي المباشرة فما فوقها وايضاً فانه لفظ حرمت به عليه فاشبه الطلاق ، ودليل قول الشافعي ان المباشرة كناية ههنا عن الجماع بدليل اجماعهم على ان الوطي يحرم عليه واذا دلت على الجماع لم تدل على ما دون الجماع فانها اما ان تدل على المباشرة دون الجماع وهي الدلالة الحقيقية واما ان تدل على الجماع وهي الدلالة المجازية ولكن قد اتفقوا على انها دالة على الجماع فبطلت الدلالة المجازية اذ لا يدل اللفظ الواحد دلالتين حقيقة ومجازاً قلت الذين يرون ان اللفظ المشترك له عموم لا يبعد ان يجوز اللفظ الواحد عندهم يتضمن المعنيين جميعاً اعني الحقيقة والمجاز وان كان لم تجر به عادة العرب ولذلك القول به في غاية الضعف ولو علم ان للشرع فيه تصرفاً بالمجاز والبقاء بان الظهار مشبه عندهم بالايلا فوجب ان يختص بالفرج

الفصل الخامس

واما تكرر الظهار بعد الطلاق فانهم اختلفوا اذا طلقها بعد الظهار قبل ان يكفر ثم راجعها هل يكون عليه الظهار فلا يحل له المسيس حتى يكفر فيه خلاف فقال مالك ان طلقها دون الثلاث

Ed. II, 103

(in my hand [illegible])

Ed. II, 105 1.3

Ed. II, 103

[illegible] والا فعليه الكفارة وقال الشافعي ان [illegible] راجعها في غير العدة فلا كفارة [illegible] مثل قول مالك وقال محمد بن الحسن الظهار راجع عليها [illegible] ثلاثاً او واحدة وهذه المسئلة شبيهة بمن حلف [illegible] ثم يراجع هل تبقى عليه تلك اليمين ام لا ، وسبب [illegible] الطلاق يرفع جميع احكام الزوجية ويحكم منها او لا يرفعها الا الذي هو الثلاث فيحكم ، واما ما دون الثلاث فلا يحكم [illegible] وكله غير هادم ، واحسب ان من اهل الظاهر من [illegible]

الفصل السادس

واما هل يدخل [illegible] الايلا على الظهار فلا وذلك بان الظهار [illegible] حكم الايلا سوا كان مضاراً او لم يكن مضاراً او لم يكن به فقال مالك والاوزاعي واحمد وجماعة وقال [illegible] يدخل على الظهار بشرط ان يكون مضاراً وقال الثوري الفرقة تبين منه بانقضاء اربعة اشهر من غير اعتبار [illegible] او وطي [illegible] اربعة اشهر ، فقول انه يدخل بالاطلاق وقول انه لا يدخل [illegible] وسبب [illegible] اعتبار المضارة ولا يدخل مع عدمها ، وسبب [illegible] اذا كان [illegible] واتباع الظاهر فمن اعتبر الظاهر قال [illegible] ومن اعتبر المعنى قال يدخل اذا كان [illegible] اذا كان الفعل [illegible]

الفصل السابع

[illegible] والنظر في كفارة الظهار في اشياء منها في عدد انواع الكفارة وترتيبها وشروط نوع نوع منها اعني الشروط [illegible] ومتى تجب كفارة وتجزي واحدة ومتى يجب اكثر من واحدة ، فاما انواعها فانهم اجمعوا على انها ثلاثة انواع اعتاق او صيام شهرين او اطعام ستين مسكيناً وانها على الترتيب فلا اعتاق [illegible] فان لم يكن فالاطعام [illegible] واختلفوا في العتق [illegible] والشافعي مع ابي حنيفة في [illegible] فقال مالك والشافعي لا تجزي عنه او الاطعام [illegible] اتفاقهم ان الذي يبدأ به الصيام

[illegible] الا النجوم [illegible]

ومن يرى فلانذر كان اقل

باجازة العبد العتق اذ له سبيل [illegible] الخلاف
واما الاطعام باجازة له ملك ان [illegible] (ه
والشافعي؛ ومبنى الخلاف في هذه المسئلة [illegible]
واما اختلافهم في الشروط المعتبرة فمنها اختلافهم في
الشهرين هل عليه استيناف الصيام ام لا فقال قوم
يستانف الصيام الا ان ابا حنيفة شرط في ذلك [illegible] ولم
العمد والنسيان وقال الشافعي لا يستانف على حال
تشبيه بكفارة الظهار وكفارة اليمين؛ والشرط الذي لا
اعني ان يكون قبل المسيس؛ فمن اعتبر هذا الشرط قال
ومن لم يشبهه بكفارة اليمين قال لا يستانف لان الكفارة في
بعد وقوعه بالانفاذ؛ ومنها هل من شرط الرقبة ان تكون
فذهب مالك والشافعي الى انه شرط في الاجزاء [illegible]
من ذلك رقبة الكافر ولا تجزي عندهم اعتمادا على [illegible]
التي فيها والا انه اعتاق على وجه القربة فوجب ان [illegible] وهي
في كفارة القتل وربما قالوا ان هذا ليس من باب [illegible]
حمل المطلق على المقيد وذلك انه قيدها [illegible] الذي
القتل والظهار في الكفارة يجب [illegible] المطلق عند
من حمل المطلق على المقيد فيه خلاف والحنفية [illegible] وذلك ان
اسباب في القضيتين مختلفة؛ واما حجة ابي حنيفة فظاهر العموم ولا
معارضة عنده بين المطلق والمقيد يوجب [illegible] ان يحمل كلا على لفظه
ومنها اختلافهم هل من شرط الرقبة ان تكون سليمة من العيوب ام لا فان كانت
الظاهر [illegible] العيوب تشترط سلامتها؛ والجمهور ان العيوب [illegible]
فلا يحل له المسيس حتى يكفر فيه [illegible] العتق؛ وذهب قوم الى انه ليس لها تاثير في ذلك وحجة
الظاهر والمراد [illegible] جمعها وحجة الفريق

الثا

العمد
الخفي

الا
والا
ه. الم
الظاهر

4
البين [illegible] اطلاق اللفظ في الاية فسبب الخلاف معارضة الظاهر للقياس في
الشبه والذين قالوا ان للعيوب تاثيرا في منع الاجزاء اختلفوا في عيب عيب
اما مما يعتبر في الاجزاء وعدمه اما العمى وقطع اليدين او الرجلين فلا خلاف
عندهم انه مانع للاجزاء واختلفوا فيما دون ذلك فمنها هل يجزئ اقطع اليد
الواحدة فاجازه ابو حنيفة ومنعه مالك والشافعي؛ واما الاعور فقال
مالك لا يجزئ وقال عبد الملك يجزئ واما اقطع الاذنين فقال مالك لا يجزئ وقال
اصحاب الشافعي يجزئ؛ واما الاصم فاختلف فيه في مذهب مالك فقيل يجزئ
وقيل لا يجزئ؛ واما الاخرس فلا يجزئ عند مالك وعن الشافعي في
ذلك قولان؛ واما المجنون فلا يجزئ واما الخصي فقال ابن القاسم لا يجزي
الخصي وقال غيره لا يجزئ وقال الشافعي يجزئ؛ واعتاق الصغير جائز في قول
عامة فقهاء الامصار وحكي عن بعض السلف منعه والعرج الخفيف في المذهب
يجزئ واما البين العرج فلا يجزئ والسبب في اختلافهم في ذلك النقص المؤثر
في [illegible] وليس له اصل في الشرع الا القياس وكذلك لا يجزئ في المذهب ما فيه شيء القوية
او طرف حرية كالكتابة والتدبير لقوله تعالى فتحرير رقبة والتحرير هو
ابتداء الاعتاق؛ واما ان كان فيه عقد من عقود الحرية كالكتابة فكان تحريرا
من اعتاقها وكذلك الشركة لان بعض الرقبة ليس برقبة؛ وقال ابو حنيفة
اذا كان المكاتب ادى شيئا من الكتابة لم يجز وان كان لم يؤد جاز واختلفوا
هل يجزيه عتق مدبر؛ فقال مالك لا يجزيه تشبيها بالمكاتب لانه عقد
ليس له حله وقال الشافعي يجزيه ولا يجوز عند مالك اعتاق ام الولد ولا
المعتق الى اجل اما اعتاق ام الولد فلان عقدها اكثر من عقد الكتابة والتدبير
بدليل انه قد يطرأ عليهما الفسخ اما في الكتابة فمن العجز عن اداء النجوم
واما في التدبير فاذا ضاق عنه الثلث؛ واما المعتق الى اجل فلانه عقد
عتق لا سبيل الى حله [illegible] مالك والشافعي مع ابي حنيفة في
اجزاء عتق من يعتق [illegible] فقال مالك والشافعي لا يجزئ عنه

Ed. II. 105 .l.3
Ed. II. 105

أجزأه

وقال أبو حنيفة إذا نوى عتقه عن ظهاره أجزأ فأبو حنيفة شبهه بالرقبة
التي لا يجب عتقها وذلك أن كل واحد من الرقبتين غير واجب شراؤها وبذل
القيمة فيهما على وجه العتق وإذا نواه بذلك التكفير جاز والمالكية
والشافعية رأت أنه إذا اشترى من يعتق عليه عتق عليه من غير
قصد التي أعتقها فلا يجزيه وأبو حنيفة أقام القصد للشراء مقام العتق وهذا
قال لا بد أن يكون قاصدا للعتق نفسه وكلاهما بينهما معتقا بالاختيار
لكن أحدهما معتقا بالاختيار الأول والثاني معتقا بلازم الاختيار وكأنه
معتق على القصد الثاني ومشتر على القصد الأول والآخر بالعكس
واختلف مالك والشافعي فيمن أعتق نصفي عبدين فقال مالك لا يجزئ ذلك
وقال الشافعي يجزي لأنه في معنى الواحد ومالك تمسك بظاهر لفظ الرقبة
فهذا ما اختلفوا فيه من شروط الرقبة وأما شروط الإطعام فإنهم
اختلفوا من ذلك في العدد الذي يجزي لستين مسكينا من الستين
مسكينا الذي وقع النص عليه فعن مالك في ذلك روايتان المشهور منهما
أن ذلك مد بمد هشام لكل واحد وذلك مد وثلثا مد بمد النبي صلى الله عليه وسلم
وقد قيل هو أقل وقيل مد وثلث وأما الرواية الثانية فمدان مدا لكل مسكين
بمد النبي صلى الله عليه وسلم وبه قال الشافعي فوجه الرواية الأولى
اعتبار إجزاء الكفارة بكفارة اليمين وهذا هو اختلافهم في شروط
الصحة في الواجبات في هذه الكفارة وأما اختلافهم في مواضع
تعددها ومواضع اتحادها فمنها إذا ظاهر بكلمة واحدة من نسوة
أكثر من واحدة هل يجزيه من ذلك كفارة واحدة أم تتعدد الكفارات
على عدد النسوات فعند مالك أنه يجزيه في ذلك كفارة واحدة وعند
الشافعي وأبي حنيفة أن فيها من الكفارات بعدد الظهار إن منهن
إن اثنين فاثنين أو ثلاثا فثلاثا أو أربعا فأربعا فمن شبهه بالطلاق
أوجب في كل واحدة كفارة ومن شبهه بالإيلاء أوجب فيه كفارة واحدة

[margin: ... يعني ... ووجه الثانية اعتبار [illegible]]

Ed. II. 106

وهو ما لا ... ومنها إذا ظاهر من امرأة في مجالس شتى هل عليه كفارة واحدة أو

28 واحدة أو على عدد المواضع التي ظاهر فيها فقال مالك ليس عليه إلا
كفارة واحدة إلا أن يظاهر ثم يكفر ثم يظاهر فعليه كفارة ثانية وبه
قال الأوزاعي وأحمد وإسحق وقال أبو حنيفة والشافعي لكل ظهار
كفارة وأما إذا كان ذلك في مجلس واحد فلا خلاف عند مالك أن فيه
كفارة واحدة وعند أبي حنيفة والشافعي أن ذلك راجع إلى نيته فإن قصد
التأكيد كانت الكفارة واحدة وإن أراد استئناف الظهار كان ما أراد
ولزمه من الكفارات على عدد الظهار وقال يحيى بن سعيد تلزم الكفارة
على عدد الظهار سواء كان في مجلس واحد أو في مجالس شتى والسبب
في هذا الاختلاف أن الظهار الواحد بالحقيقة هو الذي يكون بلفظ واحد
من امرأة واحدة والمتعدد بلا خلاف هو الذي يكون بلفظين من امرأتين
في وقتين فإذا تكرر اللفظ من امرأة واحدة فهل يوجب اللفظ تعدد الظهار
أم لا يوجب ذلك فيه تردد وكذلك إن كان اللفظ واحدا والمظاهر منها
أكثر من واحدة وذلك أن هذه بمنزلة المتوسطات بين ذينك الطرفين
فمن غلب عليها شبه الطرف الواحد أوجب له حكمه ومن غلب عليه شبه
الطرف الثاني أوجب له حكمه ومنها إذا ظاهر من امرأته ثم مسها قبل
أن يكفر هل عليه كفارة واحدة أم لا فالأكثر من فقهاء الأمصار مالك وأبو حنيفة
والشافعي والثوري والأوزاعي وأحمد وإسحق وأبو ثور وداود والطبري
وأبو عبيد أن في ذلك كفارة واحدة والحجة لهم حديث سلمة بن صخر
البياضي أنه ظاهر من امرأته في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم
وقع بامرأته قبل أن يكفر فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له
فأمره أن يكفر تكفيرا واحدا وقال قوم عليه كفارتان كفارة العزم على الوطء
وكفارة الوطء لأنه قد وطئ وطئا محرما وهو مروي عن عمرو بن العاص
وقبيصة بن ذؤيب وسعيد بن جبير وابن شهاب وقد قيل إنه لا يلزمه شيء
لا عن العود ولا عن الوطء لأن الله اشترط صحة الكفارة قبل المسيس فإذا

مس قبل خروج وحينئذ فلا تجب إلا بأمر محكم وذلك معدوم في مسألتنا هذه فيه شكوك. وقال أبو محمد بن حزم من كان فرضه الإطعام فليس يحرم عليه المسيس قبل الإطعام وإنما يحرم على من كان فرضه العتق أو الصيام.

كتاب اللعان

والقول في هذا الكتاب يشتمل على خمسة فصول بعد القول في وجوبه. الفصل الأول في أنواع الدعاوى الموجبة له وشروطها. الفصل الثاني في صفة المتلاعنين. الفصل الثالث في صفة اللعان. الفصل الرابع في حكم نكول أحدهما أو رجوعه. الفصل الخامس في الأحكام اللازمة لتمام اللعان.

فأما الأصل في وجوب اللعان أما من الكتاب فقوله تعالى والذين يرمون أزواجهم الآية. وأما من السنة فما رواه مالك وغيره من مخرجي الصحيح من حديث عويمر العجلاني أنه جاء إلى عاصم بن عدي الأنصاري فقال يا عاصم أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل سل لي يا عاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما رجع عاصم إلى أهله جاءه عويمر فقال يا عاصم ماذا قال لك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عاصم لم تأتني بخير قد كره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسألة التي سألته عنها فقال والله لا أنتهي حتى أسأله عنها فأقبل عويمر حتى أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وسط الناس فقال يا رسول الله أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أنزل فيك وفي صاحبتك فاذهب فأت بها قال سهل فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما فرغا من تلاعنهما قال عويمر كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره رسول الله

صلى

صلى الله عليه وسلم قال مالك قال ابن شهاب فكانت تلك سنة المتلاعنين. وأيضا فإن في المعنى لمكان الفراش الموجب للحوق النسب كان بالناس ضرورة إلى طريق ينفونه به إذا تحققوا فساده، ولا خلاف في ذلك أعلمه. فهذا هو القول في إثبات حكمه.

الفصل الأول

وأما أنواع الدعاوى التي يجب بها اللعان فهي أولا صنفان أحدهما دعوى الزنا والثانية نفي الحمل. ودعوى الزنا لا تخلو أن تكون مشاهدة أعني أن يدعي أنه شاهدها تزني كما يشهد الشاهد على الزنا أو تكون دعوى مطلقة. وإذا نفى الحمل فلا تخلو أن ينفيه أيضا مطلقا أو يزعم أنه لم يقربها بعد استبرائها. فهذه أربعة أحوال بسائط. ومسائل الدعوى تتركب عن هذه مثل أن يرميها بالزنا وينفي الحمل أو يثبت الحمل ويرميها بالزنا. فأما وجوب اللعان بالقذف بالزنا إذا ادعى الرؤية فلا خلاف فيه. قالت المالكية إلا أن يزعم أنه لم يطأها بعده. وأما وجوب اللعان بمجرد القذف فالجمهور على جوازه الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأحمد وداود وغيرهم. وأما المشهور عن مالك أنه لا يجوز اللعان عنده بمجرد القذف، وقد قال ابن القاسم أنه يجوز وهي أيضا رواية عن مالك. وحجة الجمهور عموم قوله تعالى والذين يرمون أزواجهم الآية ولم يخص في الرمي صفة من صفة كما قال في الحد في القذف. وحجة مالك ظواهر الأحاديث الواردة في ذلك مثل قوله في حديث سهل أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا، وحديث ابن عباس وفيه فجاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله والله لقد رأيت بعيني وسمعت بأذني فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم ما جاء به واشتد عليه فنزلت والذين يرمون أزواجهم الآية. وأيضا فإن الدعاوى يجب أن تكون بينة قياسا على الشهادة [illegible] في هذا الباب فرع اختلف فيه قول مالك وهو إذا ادعى حمل بعد [illegible] ن عن مالك في ذلك روايتان إحداهما سقوط الحمل عنه

واما في تحريمه به فاتفقوا فيما احسب ان من شروط اللعان الموجبة
للعان برؤية الزنا ان تكون في العصمة. واختلفوا فيمن قذف زوجته
بدعوى الزنا ثم طلقها ثلاثا هل يكون بينهما لعان ام لا. فقال مالك والشافعي
والاوزاعي وجماعة بينهما اللعان. وقال ابو حنيفة لا لعان بينهما الا ان
ينفي ولدا او حملا. وقال مكحول والحكم وقتادة يحد ولا يلاعن. واما
نفي الحمل فانه كما قلنا على وجهين احدهما ان يدعي استبراء ولم
يطاها بعد الاستبراء وهذا لا خلاف فيه. واختلف قول مالك في
الاستبراء فقال مرة ثلاث حيض وقال مرة حيضة. واما نفيه مطلقا
فالمشهور عن مالك انه لا يجب بذلك لعان وخالفه في هذا الشافعي
واحمد وداود وقالوا لا معنى لهذا لان المرأة قد تحمل مع رؤية الدم
وحكى عبد الوهاب عن اصحاب الشافعي انه لا يجوز نفي الحمل مطلقا
من غير قذف. واختلفوا من هذا الباب في فروع وهو وقت نفي الحمل
فقال الجمهور ينفيه وهي حامل وشرط مالك انه متى لم ينفه وهو
حمل لم يجز له ان ينفيه بعد الولادة باللعان. وقال الشافعي اذا علم
الزوج بالحمل فامكنه الحاكم من اللعان فلم يلاعن لم يكن له ان ينفيه
بعد باللعان. وقال ابو حنيفة لا ينفي الولد حتى تضع. وحجة مالك
ومن قال بقوله الآثار المتواترة من حديث ابن عباس وابن مسعود
وانس وسهل بن سعد ان النبي صلى الله عليه وسلم حين حكم
باللعان بين المتلاعنين قال ان جاءت به على صفة كذا فما اراه الا قد
صدق عليها قالوا وهذا يدل على انها كانت حاملا في وقت اللعان
وحجة ابي حنيفة ان الحمل قد ينفش ويضمحل فلا وجه للعان الا على يقين
ومن حجة الجمهور ان الشرع قد علق بظهور الحمل احكاما كثيرة
كالنفقة والعدة ومنع الوطء فوجب ان يكون قياس اللعان كذلك وعند
ابي حنيفة انه يلاعن وان لم ينف الحمل الا وقت الولادة وكذلك ما

Ed. II, 112

Ed. II, 110

على[illegible] ولم يوقت في ذلك وقتا ووقت فيه ابو يوسف
واما[illegible] فيما بين ان يعين ليلة من وقت الولادة والاربعين يوما
وذلك[illegible] اتفقوا على ان له نفيه من وقت العصمة واختلفوا
لقد رأيته[illegible] الحمل فذهب مالك الى ان له ذلك في جميع المدة التي يلحق
عليه ان كان[illegible] هو انقضاء زمان الحمل عنده وذلك نحو اربع سنين
شهد به[illegible] لذلك عنده حكم نفي الولد بعد الطلاق واذا لم ير انه حكى
ان بعد[illegible] من هذا المعنى قال الشافعي وقال قوم ليس له ان ينفي
ولد[illegible] التهمة فقط وان تقادم في تغيير العادة حد ولحق به الولد فيما
الحمل الا في العدة وقد انقضى الى انقضاء اطول مدة الحمل على اختلافهم في ذلك
بحكم يجب به عند الجمهور الحكم هو المعتاد من ذلك
بان الظاهرية ترى ان مدة الحمل التي يجب به الحكم بينهم انه يجب الحكم به في
وهي التسعة الاشهر وما قاربها ولا اختلاف
مدة العصمة فيما زاد على قصي مدة الحمل وهي السنة اما الستة اشهر اعني ان
يولد المولود لستة اشهر من وقت الدخول وامكانه لا من وقت العقد
وشذ ابو حنيفة فقال من وقت العقد وان علم ان الدخول غير ممكن حتى
انه لو تزوج مشرقي امرأة بالمغرب فقضى امرأة بالمشرق وامرأة فجاءت
بولد لاقل من ستة اشهر من وقت العقد انه يلحق به الا ان ينفيه بلعان
وهو في هذه المسالة ظاهري محض لانه انما اعتمد في ذلك عموم قوله عليه
السلام الولد للفراش وهذه المرأة قد صارت فراشا له بالعقد فكانه
رأى ان هذه عبادة غير معللة وذلك شيء ضعيف. واختلف قول مالك
في هذا الباب في فرع وهو اذا ادعى انها زنت واعترف بالحمل فقيل
في ذلك ثلاث روايات احداها انه يحد ويلحق به الولد ولا يلاعن
والثانية انه يلاعن وينفي الولد. والثالثة انه يلحق به الولد ويلاعن
ليدرا الحد عن نفسه. وسبب الخلاف هل يلتفت الى اثباته مع
مرجب نفيه وهو دعواه الزنا. واختلفوا ايضا من هذا الباب في فرع

وصفة الاقامة الشهود على الزنا عليه ان يلاعن لا[…] الزوجه سبة
يلاعن لان اللعان انما جعل عوض الشهود لقوله تعالى […] الشافعي
ولم يقل لم يشترط الا ان يقسم الاية وقال مالك والشافعي الا ان
الشهود لا […] في دفع العار عنه واما

الفصل الثاني

واما صفة الملاعنين فان قوما قالوا يجوز اللعان بين الزوجين […] ولم
او عبدين او احدهما عبدا والاخر حرا محدودين كانا او لا ومالك
مسلمين كانا او كان الزوج مسلما والزوجة كتابية ده ولا لعان بين
[…] اليها ومن قال بهذا القول مالك والشافعي ده وقال
ابو حنيفة واصحابه لا لعان الا بين مسلمين حرين عدلين وبالجملة با
للعان عندهم انما يجوز لمن كان من اهل الشهادة ده وحجة اصحاب القول
الاول عموم قوله تعالى والذين يرمون ازواجهم الاية ولم يشترط في ذلك
شرطا ده ومعتمد الحنفية ان اللعان شهادة فيشترط فيها ما
يشترط في الشهادة اذ قد سماه الله شهادة بقوله فشهادة
احدهم اربع شهادات بالله وبقوله انه لا يجوز لعان الا ممن يجب عليه
الحد […] الواقع بينهما ده وقد اتفقوا على ان العبد لا يحد بقذفه ولكن
[…] يستشهدوا من يجب عليه اللعان ممن يجب في قذفه الحد
لان اللعان انما وضع لدرء الحد مع نفي النسب وربما احتجوا
بما روي عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال لا لعان بين اربعة بين العبد وبين الحر […] والجمهور يرون
انه يمين وان كان يسمى شهادة بان احدا لا يشهد لنفسه واما ان
الشهادة قد يعبر عنها باليمين وذلك بين في قوله تعالى اذا جاءك
المنافقون الاية ثم قال اتخذوا ايمانهم جنة ده واجمعوا على جواز لعان
الاعمى واختلفوا في الاخرس فقال مالك والشافعي يلاعن الاخرس اذا فهم
عنه ده وقال ابو حنيفة لا يلاعن لانه ليس من اهل الشهادة ده واجمعوا على

الفصل الثالث

على ان من شرط العقل والبلوغ ده
واما صفة اللعان فمتقاربة عند جمهور العلماء وليس بينهم كبير خلاف
وذلك على ظاهر ما تقتضيه الفاظ الاية فيحلف الزوج اربع شهادات
لقد رأيتها تزني او ان ذلك الحمل ليس مني ويقول في الخامسة لعنة الله
عليه ان كان من الكاذبين ثم تشهد هي اربع شهادات تنفي ما
شهد به ثم تخمس بالغضب هذا كله مجمع عليه واختلفوا هل يجوز
ان يبدل مكان اللعنة الغضب ومكان الغضب اللعنة ومكان اشهد اقسم
ومكان قوله بالله غيره من اسمائه فالجمهور على انه لا يجوز من ذلك الا
ما نص عليه من هذه الالفاظ اعني الفاظ الشهادات ده واجمعوا على ان من
شرط صحته ان يكون بحكم حاكم ده

الفصل الرابع

واما اذا نكل فقال الجمهور يحد وقال ابو حنيفة لا يحد ويحبس وحجة
الجمهور عموم قوله تعالى والذين يرمون المحصنات الاية وهذا عام في
الاجنبي والزوج وقد جعل الله اللعان للزوج مقام الشهود فوجب
ان يكون بمنزلة من قذف ولم يكن له شهود اعني انه يحد ومما ايضا
من حديث ابن عمر وغيره في قصة العجلاني من قوله عليه السلام ان قتلت
قتلت وان نطقت جلدت وان سكت سكت على غيظ ده واحتج
الفريق الثاني بان اية اللعان لم تتضمن ايجاب الحد عليه عند النكول
والتعريض بايجابه زيادة في النص والزيادة عندهم نسخ والنسخ لا
بالقياس ولا باخبار الاحاد قالوا وايضا لو وجب الحد لم ينفعه
اللعان في اسقاطه لان اللعان يمين ولم يسقط به الحد عن الاجنبي
فكذلك الزوج ده والجواب ان اللعان يمين مخصوصة فوجب ان يكون لها
حكم مخصوص وقد نص على المرأة ان اليمين يدرأ عنها العذاب فالالف
بما هو العذاب الذي تذكر في اليمين […]
اختلفوا ايضا في الواجب عليها اذا نكلت فقال الشافعية ومالك

وأحمد والجمهور إنها تحد، وحدها الرجم إذا كان دخل بها ووجد فيها
شروط الإحصان وإن لم يدخل بها فالجلد. وقال أبو حنيفة إذا نكلت
وجب عليها الحبس حتى تلاعن. وحجته قوله عليه السلام لا يحل دم امرئ
مسلم إلا بإحدى ثلاث زنا بعد إحصان أو كفر بعد إيمان أو قتل نفس بغير
نفس. وأيضا فإن سفك الدماء بالنكول حكم ترده الأصول فإنه إذا كان كثيرا
من الفقهاء لا يوجبون غرم المال فبالحري ألا يجب بذلك سفك دم. وبالجملة
فقاعدة الدماء مبناها في الشرع على أنها لا تراق إلا بالبينة
العادلة أو بالاعتراف. ومن الواجب ألا يخص هذه القاعدة باسم مشتبه
فأبو حنيفة في هذه المسألة أولى بالصواب إن شاء الله. وقد اعترف
أبو المعالي في كتابه البرهان بقوة أبي حنيفة في هذه المسألة وهو
شافعي. واتفقوا أنه إذا أكذب نفسه حد ولحق به الولد إذا كان نفاه
واختلفوا هل له أن يراجعها بعد انقضاء؛ فجمهورهم على أن الفرقة تجب
باللعان إما بنفسه أو بحكم حاكم على ما نذكره بعد. فقال مالك والشا
فعي والثوري وأحمد وداود وجمهور فقهاء الأمصار إنهما لا يجتمعان
أبدا وإن أكذب نفسه. وقال أبو حنيفة وجماعة إذا أكذب نفسه
جلد الحد وكان خاطبا من الخطاب. وقال قوم ترد إليه امرأته. وحجة
الفريق الأول قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لا سبيل لك عليها
لم يستثن فلا يحل التحريم. وحجة الفريق الثاني أنه إذا أكذب نفسه
فقد بطل حكم اللعان فكما يلحق به الولد كذلك ترد المرأة عليه. وذلك
أن السبب الموجب للتحريم إنما هو الجهل بتعيين صدق أحدهما مع
القطع بأن أحدهما كاذب فإذا انكشف ارتفع التحريم.

الفصل الخامس

فأما الواجبة للعان فإن العلماء
اختلفوا من ذلك في مسائل منها هل تجب الفرقة أم لا وإن وجبت فهل
بنفس اللعان أو بحكم حاكم وإذا وقعت فهل هي طلاق أو فسخ

فذهب الجمهور إلى أن الفرقة تقع باللعان لما ثبت من ذلك في أحا
ديث اللعان من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فرق بينهما وقال ابن
شهاب فيما رواه مالك عنه فكانت تلك سنة المتلاعنين ولقوله
عليه السلام لا سبيل لك عليها. وقال عثمان البتي وطائفة من أهل البصرة
لا يعقب اللعان فرقة واحتجوا بأن ذلك حكم لم تتضمنه الآية ولا صرح
في الأحاديث لأن في الحديث المشهور أنه طلقها بحضرة النبي صلى الله
عليه وسلم فلم ينكر ذلك عليه وأيضا فإن اللعان إنما شرع لدرء حد
القذف فلم يوجب تحريما كثبوتها بالبينة. وحجة الجمهور أنه قد
وقع بينهما من التقاطع والتباغض والتهاتر وإبطال حدود الله ما
أوجب ألا يجتمعا بعدها أبدا وذلك أن الزوجية مبناها على المودة
والرحمة وهؤلاء قد عدموا ذلك كل العدم وأقل من ذلك أن يكون
بينهما التفرق وبالجملة فالقبح الذي بينهما غاية القبح. وأما متى
تقع الفرقة فقال مالك والليث وجماعة إنها تقع إذا فرغا جميعا من
اللعان. وقال الشافعي إذا أكمل الزوج لعانه وقعت الفرقة. وقال
أبو حنيفة لا تقع إلا بحكم حاكم وبه قال الثوري وأحمد. وحجة مالك
على الشافعي حديث ابن عمر قال فرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بين
المتلاعنين وقال حسابكما على الله أحدكما كاذب لا سبيل لك عليها
وما روي أنه لم يفرق بينهما إلا بعد تمام اللعان. وحجة الشافعي أن
لعانها إنما تأثيره في درء الحد عنها فقط ولعان الرجل هو المؤثر في
نفي النسب فوجب أن يكون للعان تأثير في الفرقة وهو لعان الرجل
تشبيها بالطلاق. وحجتهما جميعا على أبي حنيفة أن النبي عليه السلام
أخبرهما بوقوع الفرقة عند وقوع اللعان عليهما فدل ذلك على أن اللعان
هو سبب الفرقة. وأما أبو حنيفة فيرى أن الفراق إنما كان بينهما بحكمه
وأمره صلى الله عليه وسلم بذلك حين قال لا سبيل لك عليها أبدا

شرط فيه وقوع الفرقة كما أن حكمه شرط في صحة اللعان. وسبب
الخلاف بين من رأى أنه تقع به الفرقة ومن لم ير ذلك أن تفريق النبي صلى الله عليه وسلم
بينهما ليس هو بينا في الحديث المشهور لأنه قد روي أنه طلقها قبل أن يخبره
بوجوب الفرقة. والأصل أن لا فرقة إلا بطلاق وأنه ليس في الشرع تحريم بتا
بين متفقا عليه. فمن غلب هذا الأصل على المفهوم من احتماله نفي
وجوب الفرقة قال إنها لا تقع. وأما سبب اختلاف من شرط حكم الحاكم
أو لم يشترطه فتردد هذا الحكم أن يغلب عليه شبه الأحكام التي تشترط
فيها حكم الحاكم أو التي لا تشترط فيها. ولما المسألة
الرابعة وهي إذا قلنا إن الفرقة تقع فهل هي فسخ أو طلاق فإن القائلين
بالفرقة اختلفوا في ذلك فقال مالك والشافعي هي فسخ. وقال أبو حنيفة
هي طلاق بائن. وحجة مالك تأبيد التحريم فأشبه ذلك الحرمة. وأما أبو
حنيفة فشبهها بالطلاق قياسا على فرقة العنين إذا كانت بحكم
حاكم.

كتاب الإحداد

أجمع المسلمون على أن الإحداد واجب على النساء الحرائر المسلمات في
عدة الوفاة إلا الحسن وحده. واختلفوا فيما سوى ذلك من الزوجات ومن
سوى عدة الوفاة وفيما تمتنع الحاد منه مما لا تمتنع. فقال مالك
الإحداد على المسلمة والكتابية والصغيرة والكبيرة سواء وأما
الأمة يموت عنها سيدها سواء كانت أم ولد أو لم تكن فلا إحداد عنده
عليها. وبه قال فقهاء الأمصار. وخالف قوم في الكتابية ابن نافع وأشهب
ورواياه عن مالك. وبه قال الشافعي أعني أنه لا إحداد على الكتابية. وقال
أبو حنيفة ليس على الصغيرة ولا الكتابية إحداد. وقال قوم ليس على
الأمة الزوجة إحداد. وقد حكي عن أبي حنيفة. فهذا هو اختلافهم في
مشهور فمن عليه إحداد من أصناف الزوجات ممن ليس عليه إحداد.

الحمد لله

Ed. II, 115